



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

**Numer 2/2014 (15)
www.ipp.tbsp.pl
ISSN-1689-9601**

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ



Numer 2/2014 (15)
www.ipp.tbsp.pl
ISSN-1689-9601

Piętnasty numer

Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ

Publikacja wydawana przez

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ

Autorzy

Piotr Bystranowski

Marcin Hotel

Maciej Kawecki

Aneta Makowiec

Agnieszka Regiec

Projekt graficzny i skład

Przygotownia Pracownia DTP i Grafiki

www.przygotowniadtp.pl

Korekta

Mariusz Kowalczyk

Kolegium Redakcyjne

Internetowego Przeglądu

Prawniczego TBSP UJ

Mateusz Pacak (Redaktor Naczelny)

Kamil Mamak

Marcin Kaliński

Małgorzata Chudzik

Joanna Belowska

Adres redakcji

Straszewskiego 25/9

31-007 Kraków

e-mail: redakcja.ipp@tbsp.pl

www.ipp.tbsp.pl

© by tbsp uj

Spis treści

Piotr Bystranowski	05
<i>O nieefektywności regulacji ryzyka z punktu widzenia behawioralnej ekonomicznej analizy prawa i kulturowej teorii ryzyka</i>	
The Ineffectiveness of Risk Regulation from the Perspective of Behavioral Economic Analysis of Law and Cultural Theory of Risk	
Marcin Hotel	27
<i>Dopuszczalności opóźnienia publikacji informacji poufnych</i>	
The Admissibility of Delay of Disclosure of Inside Information	
Maciej Kawecki	43
The Conclusive Comment on the Processing of Personal Data for the Purpose of the Assignment of Receivables	
<i>Ostateczny głos w sprawie przetwarzania danych osobowych na potrzeby cesji wierzytelności</i>	
Aneta Makowiec	50
<i>Charakter prawny rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym</i>	
The Legal Nature of the Disposal of an Emptied Mortgage Entry	
Agnieszka Regiec	64
<i>Precedensowość orzeczeń wydanych w trybie prejudycjalnym TSUE a jej wpływ na kształt obywatelstwa unijnego</i>	
Precedent Judgments of the Court of Justice of the European Union and their Impact on the European Union Citizenship	

O nieefektywności regulacji ryzyka z punktu widzenia behawioralnej ekonomicznej analizy prawa i kulturowej teorii ryzyka

Abstract

It seems that much of the actual legal risk regulation do not pass the cost-benefit analysis (CBA) test, i.e. is not economic efficient. According to behavioral law and economics scholars, this phenomenon stems from the fact that the risk regulation is largely based on the highly misleading intuitive risk perception. The best remedy is to use CBA more extensively in the legislative process and to rely more on the expert judgment, say behavioralists. The proponents of the cultural theory of risk oppose these views, claiming there is no reason to think that the intuitive perception of risk is invalid and should be separated from the regulation affairs. This controversy seems to have its roots in some deep philosophical differences.

Streszczenie

Znaczna część obowiązujących regulacji przedsięwzięć ryzykownych zdaje się nie przechodzić testu analizy kosztów i korzyści, co może wskazywać na ich ekonomiczną nieefektywność. Behawioralna ekonomiczna analiza prawa stara się wyjaśnić to zjawisko

¹ Autor jest absolwentem prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim i filozofii na Uniwersytecie Papieskim w Krakowie, obecnie pracuje w Departamencie Regulacji Bankowych w Urzędzie Komisji Nadzoru Finansowego. Poglądy wyrażone w artykule są poglądami osobistymi autora i nie wyrażają oficjalnego stanowiska instytucji, w której jest zatrudniony.

faktem, iż regulacja ryzyka w znacznej mierze wynika z nietrafnych intuicyjnych percepcji ryzyka, czemu zapobiec może wyłącznie ściślejsze oparcie się na analizie kosztów i korzyści w procesie prawodawczym oraz głębsze zawierzenia osądowi eksperckiemu. Z takim stanowiskiem polemizują zwolennicy kulturowej teorii ryzyka, twierdząc, że intuicyjna percepcja ryzyka nie powinna być uznawana za zwodniczą i szkodliwą w kwestiach regulacyjnych. Jak się wydaje, ów spór ma swoje źródło w fundamentalnych różnicach filozoficznych.

I. Wstęp

Działalność regulacyjna państwa w znaczącym stopniu może być określana jako kontrola ryzyka rozumianego jako iloczyn prawdopodobieństwa zajścia danego zdarzenia oraz wielkości wynikającej z tego zdarzenia potencjalnej szkody². Samo wykorzystywanie przez państwo instrumentów regulacyjnych w odniesieniu do przedsięwzięć ryzykownych jest w dzisiejszych realiach faktem, któremu trudno się dziwić. Przyjmuje się za dość oczywiste to, że gdy ryzyko płynące z danej aktywności zostanie uznane za nieakceptowalnie wysokie, państwo będzie starało się temu zaradzić przy pomocy rozmaitych metod władczych. Może to uczynić np. przez próbę redukcji danego rodzaju ryzyka (wprowadzenie ustawowych limitów związanych z określoną działalnością, wprowadzenie wiążących standardów postępowania czy licencjonowanie dostępu do danej działalności, prowadzenie określonej polityki podatkowej, nałożenie na podmioty generujące ryzyko szczególnych obowiązków informacyjnych itp.), przez przesunięcie danego ryzyka na podmioty mogące najlepiej sobie z nim poradzić (np. wprowadzenie szczególnych rodzajów odpowiedzialności cywilnej). Wreszcie przez rozłożenie danego ryzyka na wszystkie podmioty zaangażowane w daną działalność lub czerpiące zeń korzyści (wprowadzenie *explicite* lub *implicite* szeroko rozumianych ubezpieczeń obowiązkowych)³.

Wielu teoretyków regulacji skłonnych jest twierdzić, że podstawową funkcją współczesnego państwa staje się identyfikacja, ocena i zarządzanie ryzykiem, zaś sama regulacja państwowa jest w swej istocie jedynie jedną z form zarządzania ryzykiem⁴. Tego

² R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, New York 2012, s. 83.

³ A. Moss, *When All Else Fails. Government as the Ultimate Risk Manager*, Cambridge 2002, s. 1–2.

⁴ Por. J. Black, *The Role of Risk in Regulatory Processes* [w:] R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge (red.) *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford 2010.

rodzaju tezy można uzupełnić popularną w socjologii koncepcją społeczeństwa ryzyka, zgodnie z którą współczesne społeczeństwo w coraz większym stopniu skoncentrowane jest na mitygowaniu ryzyk, które samo zdążyło wytworzyć⁵.

Niezależnie od powyższych rozważań warto (zwłaszcza na gruncie ekonomicznej analizy prawa) zadać sobie następujące pytanie: czy w ogóle, a jeśli tak, to kiedy, regulacyjna interwencja państwa w przedsięwzięcia ryzykowne jest zasadna? Innymi słowy, posługując się językiem ekonomicznej analizy prawa: czy i kiedy władcze instrumenty władzy państwowej prowadzą do poziomu i rozkładu ryzyka bardziej efektywnych⁶ niż te, które byłyby rezultatem samych zachowań wolnorynkowych przy założeniu ogólnych zasad odpowiedzialności cywilnej⁷?

W niniejszym artykule nie będę zajmował się odpowiedzią na pierwsze z powyższych pytań, tj. ogólnym uzasadnieniem działalności regulacyjnej państwa. Warto jednakże przy tym zauważyć, że we współczesnej teorii regulacji wciąż uznaje się za takie uzasadnienie przede wszystkim istnienie różnego rodzaju zawodności rynku (przykładowo istnienie: monopolu (w tym naturalnych monopolu), efektów zewnętrznych, asymetrii informacyjnych, zachowań antykonkurencyjnych, zjawiska *moral hazard*, problemu koordynacji, ograniczonej dostępności niektórych towarów itp.)⁸

Jeśli zgodzimy się z powyższym uzasadnieniem do stosowania regulacji (państwo powinno regulować, gdyż wolny rynek wskutek swych zawodności nie jest niekiedy w stanie maksymalizować bogactwa społecznego), to jasna staje się odpowiedź na drugie pytanie, tj. kiedy państwo winno regulować ryzyko? Wtedy, gdy dana regulacja sprzyja maksymalizacji dobrobytu społecznego, czyli kiedy oczekiwane korzyści zeń płynące przewyższają oczekiwane koszty. Innymi słowy: gdy dana regulacja przechodzi test analizy kosztów i korzyści (*cost-benefit analysis*; *CBA*). Poważnym problemem wynikającym z takiego podejścia, jak postaram się pokazać, jest to, że znaczna część aktualnie obowiązujących regulacji zdaje się nie być efektywna w tym znaczeniu, tj. nie przechodzi testu analizy kosztów i korzyści. Oczywiście badacze z nurtu ekonomii regulacji czy

⁵ Por. np. U. Beck, *Spółczeństwo ryzyka. W drodze do innej nowoczesności*, przeł. S. Cieśla, Warszawa 2002.

⁶ W niniejszym artykule pozwalam sobie stosować pojęcie „efektywności” dość swobodnie, w znaczeniu stosunkowo potocznym, przy czym w większości przypadków mam na myśli efektywność w rozumieniu Kaldora-Hicksa, określaną również jako „zasada maksymalizacji bogactwa” (por. C. Veljanovski *Economic Approaches to Regulation* [w:] R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge (red.) *The Oxford Handbook of Regulation*, *op.cit.*

⁷ Por. R. A. Posner, *The Economic Analysis of Law*, New York 2011, s. 487.

⁸ R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *op.cit.*, s. 15–22. W kontekście dalszych rozważań trzeba zaznaczyć, że tego rodzaju „ekonomiczne uzasadnienia” regulacji, choć dominujące, nie są wyłączne we współczesnej teorii regulacji – istnieją również np. „społeczne” czy „oparte na prawach” podejścia do tego problemu (*Ibidem*, s. 22–23).

standardowej ekonomicznej analizy prawa byli świadomi tego problemu i wypracowali szereg teorii mających wyjaśnić jego przyczyny.

W tym artykule pragnę skupić się na wyjaśnieniu zaproponowanym przez nowy i w ostatnich latach dominujący⁹ nurt ekonomicznej analizy prawa, tj. analizę behawioralną. Behawioryści, bazując na empirycznych wynikach psychologii poznawczej i ekonomii behawioralnej, twierdzą, że wskutek szeregu błędów poznawczych ludzie skłonni są do systematycznie nietrafnej percepcji ryzyka i podejmowania systematycznie nieracjonalnych decyzji w warunkach ryzyka lub niepewności. Skutkiem tych zjawisk – w interesującej nas tu dziedzinie – miałyby być przesadne skupianie się na regulowaniu jednych rodzajów ryzyk oraz zaniedbywanie innych, co powodowałoby nieefektywność całego systemu regulacji. Zdaniem zwolenników analizy behawioralnej zaradzić temu można przez położenie jeszcze większego nacisku w procesie prawotwórczym na analizę kosztów i korzyści. Jest ona tutaj jednak rozumiana nie tyle jako normatywny probierz efektywności ekonomicznej, co jako narzędzie logiczne, którego konsekwentne stosowanie pozwala ustrzec się niepożądanych skutków błędów poznawczych. Podstawowa zaleta CBA miałyby polegać na tym, że umożliwia ona separację sfery wartości (gdzie priorytet winien być przyznany osądowi społecznemu) od sfery faktów, w przypadku których ostatecznie rozstrzygać powinien osąd ekspercki, a nie zwodnicze intuicje potoczne. Przy takich założeniach stosowanie CBA miałyby prowadzić do regulacji ryzyka, która wiernie, racjonalnie i skutecznie oddawałaby faktyczne preferencje danego społeczeństwa.

Zupełnie odmiennego wyjaśnienia ekonomicznej nieefektywności istniejącej regulacji ryzyka dostarczają zwolennicy tzw. kulturowej teorii ryzyka, których poglądy również postaram się przedstawić w niniejszym artykule. Zgadzają się oni z behawiorystami co do tego, że aktualne regulacje ryzyka są skutkiem szeregu zjawisk psychologicznych w rodzaju intuicyjnej percepcji ryzyka. Zarazem nie zgadzają się jednak z tym, że społeczne postrzeganie ryzyka jest najeżone niepożądanymi irracjonalnościami, których wpływ na regulację należy wyeliminować przy wykorzystaniu rygorystycznych narzędzi zaczerpniętych z ekonomii. Przeciwnie – ich zdaniem społeczne postrzeganie ryzyk jest nierozzerwalnie związane z wyznawanymi przez członków społeczeństwa wartościami i przyjmowanym przez nich światopoglądem. Fakt, że regulacyjna działalność państwa koncentruje się na jednych ryzykach, a zaniedbuje inne, jest w znacznej mierze skutkiem tego, iż wszelkie ryzyka są konstruktem kulturowym będącym wyznaczoną przez wyznawane wartości odpowiedzią na realnie istniejące niebezpieczeństwa. Zda-

⁹ Por. R. Korobkin, *What Comes after Victory for Behavioral Law and Economics?*, "University of Illinois Law Review" 2011, nr 5, s. 1653–1674.

niem zwolenników teorii kulturowej taki stan jest naturalny i pożądany w systemie demokratycznym i nie powinno dążyć się do jego wyeliminowania przez zwiększanie znaczenia analizy kosztów i korzyści oraz przyznanie niepodważalnej racji osądowi eksperckiemu.

Rozbieżność odpowiedzi zwolenników behawioralnej ekonomicznej analizy prawa i teorii kulturowej ryzyka na nieefektywność regulacji ryzyka wynika z różnych założeń teoretycznych, różnego rozumienia samego pojęcia ryzyka, wreszcie – z różnych założeń metafizycznych. Wobec tego rozstrzygnięcie pytania: co należy uważać za optymalną regulację ryzyka? zależy od rozstrzygnięcia nietrywialnych sporów natury *stricte* filozoficznej.

II. Analiza kosztów i korzyści

Jak słusznie zauważa Richard Posner, pojęcie analizy kosztów i korzyści ma rozmaite znaczenia i sposoby użycia:

na najwyższym poziomie ogólności jest praktycznie równoznaczne z normatywnym wykorzystaniem ekonomii. Na przeciwnym krańcu skali ogólności to pojęcie oznacza zaś wykorzystanie kryterium maksymalizacji bogactwa do oceny przedsięwzięć rządowych¹⁰.

W tym artykule nie będę zajmował się kwestią możliwych sposobów definiowania CBA, lecz poprzestanę na niedoskonałej i mocno nieprecyzyjnej definicji: jest to systematyczny proces porównywania oczekiwanych społecznych kosztów i korzyści płynących z danej regulacji oraz związane z nim kryterium decyzyjne nakazujące przyjąć daną regulację wtedy i tylko wtedy, gdy oczekiwane korzyści przewyższają koszty¹¹. Tak definiowaną CBA można stosować w celach deskryptywnych (dla wyjaśniania lub przewidywania regulacji państwowych w warunkach względnej niezależności od działania grup nacisku¹²) lub normatywnych.

Normatywne wykorzystanie CBA w interesującej nas dziedzinie datuje się od lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku, kiedy to kolejne agencje regulacyjne w Stanach Zjedno-

¹⁰ R. A. Posner, *The Economic...*, op.cit., s. 509.

¹¹ Zainteresowanych kwestiami definicyjnymi, czy też teoretycznymi i metodologicznymi, które nie zostaną poruszone w tym artykule, a które związane są z CBA, wypada odesłać do nad wyraz obfitej literatury na ten temat, jaka powstała przez ostatnie kilkadziesiąt lat. Por. np. *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*, M. D. Adler, E. A. Posner (red.), Chicago 2001.

¹² R. A. Posner, *The Economic...*, op.cit., s. 510.

czonych zaczynały wykorzystywać analizę kosztów i korzyści w celu oceny zasadności projektowanych regulacji. Zyskiwanie popularności przez CBA wśród amerykańskich regulatorów osiągnęło swoje ostateczne potwierdzenie w 1981 roku, kiedy to prezydent Reagan wydał zarządzenie wykonawcze 12291 nakładające na wszystkie agencje rządowe obowiązek przeprowadzania CBA przed ogłoszeniem każdej większej regulacji. Od tego momentu nastąpiło rozprzestrzenianie się CBA wśród systemów prawnych praktycznie całego świata, zazwyczaj jako zasadniczego elementu tzw. ocen skutków regulacji (*regulatory impact assessment*)¹³.

Na gruncie prawa polskiego obowiązek przeprowadzania analizy kosztów i korzyści jest bezpośrednio przewidziany wobec rządowych projektów aktów normatywnych. Zgodnie z § 9 ust. 1 zd. pierwszym Regulaminu pracy Rady Ministrów¹⁴: „Organ wnioskujący dokonuje oceny przewidywanych skutków (kosztów i korzyści) społeczno-gospodarczych regulacji przed opracowaniem projektu aktu normatywnego”. Wedle dostarczających uszczegółowienia tego przepisu *Wytycznych do oceny skutków regulacji (OSR)*:

przyjmowane przez Państwo rozwiązania legislacyjne lub pozalegislacyjne powinny realizować maksimum celów gospodarczych, środowiskowych i społecznych przy minimalnym możliwym obciążeniu podmiotów gospodarczych i społeczeństwa. Podejmowanie działania regulacyjnego jest uzasadnione w sytuacji, gdy przyjęcie aktu prawnego pozwala zapobiec niedoskonałości rynku, zostaje wybrana najmniej kosztowna forma regulacji oraz korzyści netto przewyższają koszty¹⁵.

Wykorzystanie CBA jako podstawowego kryterium decyzyjnego w procesie prawodawczym czy regulacyjnym jest oczywiście jak najbardziej pożądane z punktu widzenia standardowej ekonomicznej analizy prawa. Wszak normatywne postulaty ruchu *Law and Economics* zawsze zasadzały się na żądaniu, by prawo było ekonomicznie efektywne, zaś oparcie regulacji państwowej na analizie kosztów i korzyści – przy założeniu, że prawodawca dysponuje adekwatną wiedzą o kosztach danej regulacji – prowadzi właśnie do ekonomicznie efektywnego regulowania przedsięwzięć ryzykownych¹⁶. Jednak, jak postaram się pokazać, mimo deklaratywnego wykorzystania CBA w legislacji istnieją powody, by wątpić w to, że faktycznie obowiązująca regulacja ryzyka jest efektywna. Wcześniej jednak przedstawię szkicowy schemat

¹³ C. M. Radaelli, F. de Francesco, *Regulatory Impact Assessment* [w:] R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge (red.) *The Oxford Handbook of Regulation*, op.cit.

¹⁴ Uchwała Rady Ministrów z dnia 19 marca 2002 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. Nr 13, poz. 221).

¹⁵ *Wytyczne do oceny skutków regulacji (OSR)*, 2006, s. 4, www.mg.gov.pl/NR/rdonlyres/49F92D8B-5D7B-4D1E-AB62-F9E12365DFB9/56421/Wytycznedoocenyskutkowregulacji1.pdf, (dostęp: 15.02.2014).

¹⁶ Por. W. K. Viscusi, *Risk Equity*, „The Journal of Legal Studies” 2000, S2, s. 853.

zastosowania CBA w regulacji ryzyka na przykładzie regulacji mających na celu redukcję zagrożeń dla życia i zdrowia.

Po pierwsze, należy obliczyć koszty, jakie pociągnie za sobą dana regulacja. Po drugie, trzeba wskazać oczekiwaną redukcję ryzyka w stosownej jednostce, co – w najprostszym przypadku – oznacza podanie statystycznie oczekiwanej liczby ocalonych żyć. Wreszcie, należy określić gotowość członków społeczeństwa do zapłacenia (*willingnes to pay*; WTP) za określoną redukcję danego ryzyka, która ma być spowodowana wprowadzeniem postulowanej regulacji, czyli – innymi słowy – podać wartość statystycznego życia¹⁷. Dwie pierwsze wartości wyznaczają nam koszt ocalenia statystycznego życia na gruncie danej regulacji; jeśli ów koszt nie przekracza wartości statystycznego życia, to regulacja może i powinna zostać wprowadzona.

Najtrudniejszym elementem takiej analizy jest – rzecz jasna – podanie wartości ocalonego życia. Obecnie są stosowane w tym celu zasadniczo dwie metody¹⁸. Pierwszą jest metoda ujawnionych preferencji, która polega na badaniu faktycznych zachowań rynkowych członków społeczeństwa. Przykładowo, wychodzi się w niej od kwoty pieniędzy, jaką ludzie płacą za określone sposoby redukcji zagrożenia życia (np. przez kupno kasku rowerowego, bezpieczniejszego auta itp.) lub jakiej ludzie żądają w zamian za zgodę na zaakceptowanie określonego ryzyka dla życia (np. przez przyjęcie określonej premii za ryzyko za podjęcie niebezpiecznej pracy na budowie). Tę metodę wykazuje wady wszelkich metodologii opierających się na wyprowadzaniu określonych parametrów z samych zachowań ludzi. Alternatywą jest metoda wyrażonych preferencji polegająca na pytaniu ludzi wprost, jaką kwotę pieniędzy byliby skłonni zapłacić np. za określoną redukcję ryzyka dla życia. W tym przypadku można z kolei zastanawiać się, czy ludzie w ogóle są w stanie udzielać sensownych odpowiedzi na pytania tego rodzaju. Jako przykład można podać fakt, że standardowo przyjmowana w Stanach Zjednoczonych wartość statystycznego życia wynosi obecnie około 9 mln dolarów¹⁹, przy czym zróżnicowanie co do przyjmowanej wartości między różnymi agencjami rządowymi w samym USA (nie wspominając nawet o innych państwach) jest dość znaczące.

Widać tu, jak sędzę, że tak prosty model ma pewne oczywiste wady. Jedną z nich jest przyjęte tu założenie, iż każde ocalone życie jest warte tyle samo – niezależnie od tego, czy jest to życie noworodka, człowieka w wieku produkcyjnym czy też osiemdziesięcio-

¹⁷ J. Wolff *What is the Value of Preventing a Fatality?* [w:] *Risk: Philosophical Perspectives*, T. Lewens (red.), London 2007, s. 54.

¹⁸ *Ibidem*, s. 58.

¹⁹ C. R. Sunstein, *Simpler: The Future of Government*, New York 2013, s. 158.

letniego staruszka. Z tego powodu niekiedy postuluje się inne jednostki, jak np. liczba ocalonych lat życia. I tu jednak można argumentować, że ocalony rok życia może mieć różną wartość zależnie od tego, czy chodzi o życie w pełni sił czy też np. w stanie wegetatywnym. Stąd też bierze się stosowana w ekonomice medycznej słynna jednostka *QALY* (*quality-adjusted life years*) mierząca ocalone lata życia ich jakością.

Jak już wspominałem, neoklasycznie zorientowani ekonomiści i prawnicy głównej zalety stosowania analizy kosztów i korzyści w procesie prawodawczym upatrują w tym, że sprzyja ona realizacji głównej funkcji prawa (według ruchu *Law and Economics*), czyli wspieraniu ekonomicznej efektywności, rozumianej zazwyczaj jako maksymalizacja bogactwa społecznego. Jednakże regulacje ryzyka faktycznie obowiązujące w różnych krajach tak rozumianego wymogu efektywności zdają się nie spełniać. Taki wniosek może wynikać choćby z zaprezentowanej poniżej tabelki porównującej koszt uratowanego życia w przypadku różnych regulacji obowiązujących w Stanach Zjednoczonych pod koniec poprzedniego stulecia. Jak widać, różnice tej wartości dla poszczególnych regulacji są bardzo duże, np. uratowanie jednego życia w przypadku zakazu używania niewentylowanych piecyków grzewczych jest tysiąckrotnie tańsze niż w przypadku wprowadzenia limitów stężenia arsenu w miejscu pracy. Wydaje się to sugerować drastycznie niewłaściwą alokację zasobów w tym zakresie.

Regulacja	Koszt uniknięcia przedwczesnej śmierci (w dolarach z 1990 r.)
zakaz używania niewentylowanych piecyków grzewczych	0,1
standard ochrony przeciwpożarowej w kabinach samolotu	0,1
standard poduszek powietrznych/pasów bezpieczeństwa w samochodach	0,1
standard ochrony układu kierowniczego	0,1
standardy konstrukcji podziemnych	0,1
standard stężenia trihalometalników w wodzie pitnej	0,2
standard łatwopalności poduszek siedzenia w samolotach	0,4
standardy kontroli alkoholu i lekarstw	0,5
standard integralności systemu paliwowego w samochodach	0,5
standard serwisowania felg w samochodach	0,5
standard podłogowego oświetlenia bezpieczeństwa w samolotach	0,6
standardy w budownictwie betonowym i murarskim	0,6
standardy uderzenia bocznego dla samochodów	0,8
zakaz łatwopalnych ubrań nocnych dla dzieci	0,8
standardy wyposażenia i treningu związanych z niskimi uskokami wiatru	1,3
standardy wyposażenia elektrycznego w kopalniach rud metali	1,4
standardy kopania	1,5
systemy TCAS	1,5
Hazard Communication Standard	1,6
arszenik/miedź w piecu do wytapiania	2,7
standard emisji eteru naftowego	3,4
standard stężenia bromku etylenu w wodzie pitnej	5,7
standard emisji benzenu	6,1
limit ekspozycji na azbest w miejscu pracy	8,3
limit ekspozycji na benzen w miejscu pracy	8,9
standardy wyposażenia elektrycznego w kopalniach węgla	9,2
standard emisji arszeniku w hutach szkła	13,5
limit ekspozycji na tlenek etylenu w miejscu pracy	20,5
standard emisji arszeniku/miedzi	23
standard utylizacji odpadów radioaktywnych	31,7
standard emisji benzenu	32,9
limit ekspozycji na akrylonitryl w miejscu pracy	51,5
limit ekspozycji na piec koksowniczy w miejscu pracy	63,5
lockout/tagout	70,9
limit ekspozycji na azbest w miejscu pracy	74
limit ekspozycji na arszenik w miejscu pracy	106,9

Wyjaśnienie sytuacji, w której obowiązują nieefektywne normy prawne, zawsze stanowi wyzwanie dla ekonomicznej analizy prawa. By wyjaśnić istnienie nieefektywnych regulacji, zwolennicy analizy ekonomicznej zazwyczaj odwołują się do twierdzeń tzw.

ekonomicznej teorii regulacji (znanej również jako chicagowsko-wirgińska szkoła regulacji) utrzymującej, że uczestnicy procesu tworzenia regulacji bardziej niż do efektywności ekonomicznej dążą do maksymalizacji swej własnej funkcji użyteczności. Wobec tego największy wpływ na treść regulacji mają grupy interesu dysponujące największymi środkami. Zazwyczaj reprezentują one część mających podlegać regulacji podmiotów gospodarczych, które dążą do uzyskania tzw. renty regulacyjnej, co jest oczywiście sprzeczne z osiągnięciem efektywności danej regulacji²⁰. Tego typu wyjaśnienie treści obowiązujących regulacji ryzyka, powszechnie przyjmowane na gruncie standardowej, neoklasycznej ekonomicznej analizy prawa, zostało jednak podważone przez nieortodoksyjny nurt analizy ekonomicznej, czyli analizę behawioralną, której stanowisko teraz pokrótce przedstawię.

III. Behawioralna ekonomiczna teoria prawa a regulacja ryzyka: stanowisko Cassa Sunsteina

Powstanie behawioralnej ekonomicznej analizy prawa łączy się zazwyczaj z opublikowaniem w 1998 roku artykułu autorstwa Christine Jolls, Cassa Sunsteina i Richarda Thaler'a zatytułowanego *A Behavioral Approach to Law and Economics*. W owym manifestie nowego nurtu w teorii prawa autorzy, wyrażając ogólną aprobatę dla metodologii i celów ekonomicznej analizy prawa, zwracają uwagę na nieadekwatność jej podstawowego założenia – supozycji, że uczestnicy obrotu prawnego są racjonalnymi, maksymalizującymi swą funkcję użyteczności *homines economici*²¹. Zdaniem behawiorystów empiryczne rezultaty psychologii poznawczej i ekonomii behawioralnej wykazały, że ludzie często są skłonni zachowywać się w sposób systematycznie i przewidywalnie nieracjonalny z punktu widzenia klasycznej teorii oczekiwanej użyteczności i neoklasycznej ekonomii. W związku z tym, przyjęcie empirycznie bardziej adekwatnych założeń co do sposobu podejmowania ludzkich decyzji może prowadzić do trafniejszej analizy norm prawnych. Poniżej przedstawię kilka przyjmowanych przez behawiorystów obserwacji psychologicznych, które – zdaniem czołowego przedstawiciela behawioralnej ekonomicznej analizy prawa Cassa Sunsteina – wyjaśniają błędne postrzeganie ryzyka wśród członków społeczeństwa i regulatorów, a tym samym tłumaczą zjawisko nieefektywnej regulacji ryzyka.

²⁰ R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, op.cit., s. 43–48.

²¹ Ch. Jolls, C. R. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, "Stanford Law Review" 1998, nr 5, s. 1475.

1. Dlaczego ludzie błędnie szacują wielkość ryzyka?

Zgodnie z podstawowym założeniem neoklasycznej ekonomii, uczestnik rynku zawsze dąży do pozyskania optymalnej (z punktu widzenia kosztów) wiedzy potrzebnej do podjęcia decyzji²². Jak jednak twierdzi powstały w obrębie psychologii poznawczej program heurystyk i błędów poznawczych, takie założenie jest nietrafne: ludzie, podejmując decyzje (zwłaszcza decyzje w warunkach ryzyka/niepewności), zadowolają się uproszczonymi sposobami wydawania sądów (tzw. heurystykami), które – choć zazwyczaj prowadzą od rezultatów zbliżonych do prawdziwych – często skutkują wiedzą daleką od adekwatnej. Przykładowo, szacując prawdopodobieństwo zajścia danego zdarzenia, ludzie nie opierają się na historycznych danych o względnej częstości jego występowania. Bazują raczej na tym, jak łatwo przywołać z pamięci zdarzenie tego typu (heurystyka dostępności)²³, wskutek czego przeszacowują prawdopodobieństwo zdarzeń, które są im znane, jawią się dobitnie lub są mniej oddalone w czasie. Jak wykazały badania empiryczne, zgodnie z przewidywaniami teorii heurystyk, ludzie np. przeszacowują częstość występowania śmierci w okolicznościach jawiących się dobitnie lub często omawianych w mediach (rak, zabójstwo, wypadek samochodowy, tornado, zatrucie), a niedoszacowują wartości innych przyczyn (wylew, rozedma płuc, astma, cukrzyca)²⁴. Z powyższych ustaleń można wysnuć wniosek, że społeczeństwo i regulatorzy będą skłonni dążyć do nierozsądnie ścisłej regulacji ryzyk, które jawią się dobitnie lub są często omawiane w mediach, a zaniedbywać interwencję regulacyjną w pozostałych przypadkach²⁵.

Związane z powyższym jest opisywane przez Sunsteina zjawisko skupiania się na najgorszym scenariuszu²⁶. Ponieważ najgorsza możliwa konsekwencja danej opcji ryzykowej jest często najbardziej dobitna, to zdarza się, że owemu następstwu poświęcana jest nieproporcjonalnie duża uwaga, zupełnie niezważająca na jego (być może bardzo małe) prawdopodobieństwo. Przykładowo, łatwo sobie wyobrazić, jak straszliwe byłyby najgorsze możliwe skutki awarii w siłowni jądrowej. Wskutek tego możemy takiemu najgorszemu możliwemu skutkowi poświęcać więcej uwagi niż wynikałoby to z jego znikomego prawdopodobieństwa. Skupianie się na najgorszym scenariuszu może wynikać zarówno z działania heurystyki dostępności, jak i z innego prezentowanego przez

²² R. A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, "Stanford Law Review" 1998, nr 5, s. 1551–1575.

²³ A. Tversky, D. Kahneman, *Osądy w warunkach niepewności: heurystyki i błędy poznawcze* [w:] D. Kahneman, *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, P. Szymczak (przekł.), Poznań 2012, s. 568.

²⁴ P. Slovic, B. Fischhoff, S. Lichtenstein, *Rating the Risks* [w:] *The Perception of Risk*, P. Slovic (red.), London 2000, s. 105–109.

²⁵ C. R. Sunstein, *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment*, Cambridge 2002, s. 54.

²⁶ *Idem*, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge 2005, s. 64.

Sunsteina zjawiska: zaniedbania prawdopodobieństwa (*probability neglect*)²⁷. O ile w przypadku heurystyki dostępności dobitność danego zdarzenia prowadzi do zawyżania możliwości jego wystąpienia, o tyle w przypadku zaniedbania prawdopodobieństwa prawdopodobieństwo przestaje mieć dla danego człowieka jakiegokolwiek znaczenie. By trzymać się przykładu z elektrownią: liczy się tylko to, że skutki awarii mogą być straszliwe, natomiast nie zwraca się w ogóle uwagi na prawdopodobieństwo wystąpienia tych skutków.

Innym ważnym osiągnięciem nauk empirycznych, z których czerpie behawioralna ekonomiczna analiza prawa, jest opracowanie deskryptywnych teorii decyzji w warunkach ryzyka, które sygnalizują systematyczne odchylenia od norm racjonalności wyznaczonych przez przyjmowaną na gruncie ekonomii neoklasycznej teorię oczekiwanej użyteczności. Poniżej przedstawię – intuicyjnie i bez wnikania się w formalizm matematyczny – dwa istotne założenia prawdopodobnie najbardziej znanej teorii nieoczekiwanej użyteczności, czyli teorii perspektywy Daniela Kahnemana i Amosa Tversky'ego²⁸.

Po pierwsze, według teorii perspektywy, a wbrew przewidywaniom teorii oczekiwanej użyteczności, ludzie nie percypują prawdopodobieństwa liniowo. Kluczowe znaczenie ma tu tzw. efekt możliwości/pewności. Polega on na tym, że nawet niewielki przyrost prawdopodobieństwa jest odczuwany bardzo mocno, o ile powoduje, iż zdarzenie dotąd niemożliwe staje się możliwe (choćby wciąż było bardzo mało prawdopodobne) lub zdarzenie dotąd tylko możliwe staje się pewne (choćby i tak wcześniej było bardzo prawdopodobne). Natomiast na identyczne zmiany prawdopodobieństwa znajdujące się bliżej środka skali ludzie są dalece mniej wrażliwi. W regulacji ryzyka owo zjawisko może skutkować tym, że społeczeństwo i regulatorzy nie zadowolają się względnym obniżeniem prawdopodobieństwa niepożądanych zjawisk, gdyż chcą ich zupełnego wyeliminowania, choćby było to zbyt kosztowne, a często wręcz niemożliwe.

Po drugie, innym opisywanym przez teorię perspektywy odchyleniem od normy racjonalności jest to, że ludzie, podejmując decyzje, opierają się na przewidywanych wynikach rozumianych nie jako zmiany w globalnym stanie posiadania, a raczej jako zyski i straty wobec pewnego arbitralnie przybranego punktu odniesienia, którym najczęściej jest konkretna sytuacja, w jakiej podmiot decyzyjny w danej chwili się znajduje. Ma to istotne znaczenie w tym kontekście, że według teorii perspektywy ludzie o wiele mocniej reagują na zmiany ujemne niż dodatnie (niechęć do strat). Jako że niemal każda opcja ryzykowna może za sobą pociągnąć zarówno zyski, jak i straty, zjawisko niechęci do strat często skutkuje nieracjonalną niechęcią do opcji ryzykownych i pozbawionym

²⁷ *Ibidem*, s. 70.

²⁸ Opis teorii perspektywy opieram na: P. Wakker, *Prospect Theory for Risk and Ambiguity*, Cambridge 2010.

podstaw przywiązaniem do zachowania stanu obecnego (błąd *status quo*). Zdaniem Sunsteina dobrym przykładem występowania niechęci do straty i błędu *status quo* są sytuacje, w których zostaje odkryte jakieś nieznane dotąd ryzyko czy też zaproponowano nowe ryzykowne rozwiązanie. Wtedy to ludzie są skłonni bardziej „bać się” potencjalnych strat wobec *status quo* niż doceniać możliwe zyski, wskutek czego nieracjonalnie pragną wyeliminowania nowego ryzyka lub przynajmniej jego ścisłej regulacji.

Jeszcze innym osiągnięciem psychologii, na które powołuje się Sunstein, są wyniki badań prowadzonych przez Paula Slovicą i jego współpracowników w ramach tzw. programu badawczego percepcji ryzyka, które prezentują różnice między eksperckim a intuicyjnym szacowaniem wielkości ryzyka. Slovic i współpracownicy wychodzą od obserwacji, że przeciętni członkowie społeczeństwa przy ocenie wielkości poszczególnych ryzyk i ich akceptowalności posługują się intuicyjną percepcją ryzyka, która prowadzi ich do wyników odmiennych od tych, które są rezultatem eksperckiej analizy ryzyka. Można by domniemywać, że owe różnice wynikają z różnych zmiennych przyjmowanych za wielkość i prawdopodobieństwo danych ryzyk, oraz różnic w operowaniu tymi wartościami. Jednakże dla Slovicą i jego współpracowników owe różnice wynikają w pierwszym rzędzie z tego, że w odróżnieniu od eksperckiego podejścia ilościowego, zwykli ludzie nie ograniczają się do postrzegania ryzyka jako iloczynu prawdopodobieństwa i wielkości potencjalnej szkody, ale opierają się na wielu innych czynnikach, m.in. na pewnych jakościowych charakterystykach danych ryzyk. I tak, o ile w przypadku ekspertów ich postrzeganie ryzyka jest skorelowane z wielkością tego ryzyka szacowanego przez nich na jakiejś ilościowej skali (np. oczekiwana roczna liczba zgonów), o tyle wśród zwykłych ludzi tego typu korelacja jest dalece mniejsza²⁹.

W ramach badań prowadzonych przez Slovicą i współpracowników wyodrębniono kilkanaście jakościowych charakterystyk ryzyk i poproszono badanych o umieszczenie każdego z kilkudziesięciu przykładowych ryzyk na skalach odnoszących się do poszczególnych charakterystyk. Okazało się, że wiele z owych charakterystyk jest ze sobą skorelowanych. I tak, ryzyko, które jest określane jako „przerażające”, jest też zazwyczaj uważane za „niekontrolowane”, „katastroficzne”, „o śmiertelnych konsekwencjach”, „niesprawiedliwe”, stanowiące „poważne zagrożenie dla przyszłych pokoleń”, „nieдобrowolne” itd. Z kolei ryzyko określane jako „nieznane” zazwyczaj okazywało się też „nieobserwowalnym”, „nieznanym dla wyeksponowanych”, „o opóźnionym skutku”, „nowym, nieznanym nauce”. Gdy następnie spytano badanych o to, czy odczuwają potrzebę ścisłej regulacji danego ryzyka (w celu jego redukcji), okazało się, że taka

²⁹ P. Slovic *The Perception of Risk* [w:] *The Perception of Risk*, op.cit., s. 223.

potrzeba była najsilniej wyrażana wobec tych ryzyk, które określano własnościami przynależnymi do grupy „przerażające” oraz, w mniejszym stopniu, należących do grupy „nieznane”³⁰.

Innym osiągnięciem Slovica jest koncepcja tzw. heurystyki afektu, zgodnie z którą ludzkie wybory mogą być w znacznej mierze naznaczone pewnymi afektywnymi osądami, które poprzedzają jakąkolwiek systematyczną ocenę dostępnych opcji³¹. Możliwym skutkiem heurystyki afektu jest empirycznie wykazane jednoczesne przypisywanie danej aktywności zarówno wysokiej ryzykowności i niskiej zyskowności (gdy jest się do niej niechętnie nastawionym emocjonalnie), jak i niskiej ryzykowności i wysokiej zyskowności (gdy jest się jej przychylnym)³². Innymi słowy, ludzie dość często, działając pod wpływem heurystyki afektu, skłonni są zakładać istnienie ujemnej korelacji między ryzykiem a zyskownością danej aktywności, mimo że w świecie empirycznym ta korelacja jest zazwyczaj raczej dodatnia (przedsięwzięcia zyskowe są ryzykowne i na odwrót). Jest jasne, że działając pod wpływem heurystyki afektu, łatwo można popaść w sprzeczność z wynikami analizy kosztów i korzyści, gdyż owa analiza z definicji opiera się na oddzielnym, niezależnym szacowaniu kosztów (ryzyka) i korzyści.

Sunstein wymienia wiele błędów poznawczych i anomalii decyzyjnych (z których powyżej wymieniłem niewielką część) w celu wykazania swej głównej, jak sądzę, tezy. Zakłada ona, że opieranie regulacji ryzyka na intuicyjnych osądach prowadzi do zbyt-niego skupiania się na ryzykach, które są „na widoku” (przeszacowywanie prawdopodobieństwa i potencjalnej wysokości strat z nich płynących, zaniedbywanie zysków) oraz pomijania lub nieoszacowywania ryzyk, które znajdują się „poza widokiem”. Inną własnością ryzyk „na widoku” jest to, że ludzie skłonni są dążyć do ich redukcji za wszelką cenę, często pragnąc ich zupełnej eliminacji, choćby było to nierozsądne czy wręcz zbędne³³. Często tego typu postawa prowadzi do zjawiska, które Sunstein nazywa zaniedbaniem systemu (*system neglect*)³⁴. Chodzi o niezauważanie, że redukcja czy wręcz eliminacja ryzyk „na widoku” często prowadzi do wzrostu ryzyk „poza widokiem”

³⁰ Ibidem, s. 224–227.

³¹ Por. M. L. Finucane, A. Alhakami, P. Slovic, S. M. Johnson, *The Affect Heuristic in Judgments of Risk and Benefits* [w:] *The Perception of Risk*, op.cit., s. 413–414.

³² Ibidem.

³³ Do ulubionych przykładów Sunsteina należy tu amerykańska debata toczona na początku obecnego stulecia dotycząca obecności arszeniku w wodzie wodociągowej. Ustawowe limity stężenia zdawały się w tej sferze gwarantować bezpieczeństwo użytkowników wody. Niemniej jednak z chwilą, w której arszenik w wodzie stał się przedmiotem debaty publicznej, powszechne stały się żądania „całkowitego” wyeliminowania arszeniku z wody pitnej, choć byłoby to przedsięwzięcie niezwykle drogie, o praktycznie zerowym skutku dla zdrowotności narodu; por. C. R. Sunstein, *Risk...*, op.cit., rozdz. 6.

³⁴ Idem, *Laws...*, op.cit., s. 45.

lub powstania zupełnie nowych ryzyk, o skutkach być może groźniejszych od zagrożenia, z którym akurat się walczy³⁵.

Do tej pory starałem się zaprezentować najważniejsze procesy poznawcze zachodzące na poziomie jednostek prowadzące – zdaniem Sunsteina – do nieracjonalnych postaw wobec regulacji ryzyka. Jednak dla amerykańskiego jurysty znaczenie przynajmniej równe w tej kwestii mają zjawiska zachodzące na poziomie społecznym. Kluczową rolę miałyby tu mieć do odegrania kaskady dostępności (*availability cascades*). Chodzi o to, że jednym z czynników, który umożliwia działanie heurystyki dostępności przy szacowaniu ryzyka, jest częstość spotykania się z określonymi informacjami na temat danego zjawiska. Kaskada dostępności oznaczałaby zatem sytuację, w której ludzie zaczynają spotykać się z dużą ilością informacji na temat danego ryzyka, wskutek czego powoli zaczynają je uważać za prawdopodobne i poważne, co z kolei prowadzi do tego, że sami zaczynają dużo rozmawiać na ten temat, przez co powiększa się ilość opinii krążących na dany temat, co wywiera wpływ na kolejnych ludzi itd.³⁶ Mówiąc potocznie, mamy tu do czynienia z samonakręcającą się spiralą strachu (czy wręcz paniki), dzięki której dane ryzyko może szybko zacząć być w społeczeństwie uważane za dużo poważniejsze, niż jest nim w istocie. Innym zjawiskiem sprzyjającym tego typu procesom jest znana z psychologii społecznej polaryzacja grupowa. Polega ona na tym, że gdy grupa ludzi o podobnych zapatrywaniach w określonej kwestii rozpoczyna dyskusję na dany temat, kończy się ona często w ten sposób, iż dyskutanci mają na ów problem poglądy bardziej skrajne, niż miał którykolwiek z nich przed rozpoczęciem dyskusji³⁷. Sunstein zaznacza również wyraźnie, że tego rodzaju mechanizmy psychologiczno-społeczne mogą być z łatwością wykorzystane przez reprezentantów rozmaitych grup interesu chcących upowszechnić w społeczeństwie poglądy służące przeforsowaniu korzystnych dla nich rozwiązań³⁸.

2. Znaczenie analizy kosztów i korzyści

U Sunsteina nieefektywna regulacja ryzyka jest więc wyznaczona błędami poznawczymi związanymi z intuicyjnymi szacunkami ryzyka. Dzieje się tak, jak sądzę, z dwóch głównych powodów. Po pierwsze, w każdym systemie politycznym, a zwłaszcza w de-

³⁵ *Idem*, *Risk...*, *op.cit.*, s. 39–40.

³⁶ T. Kuran, C. R. Sunstein, *Availability Cascades and Risk Regulation*, "Stanford Law Review" 1999, nr 4, s. 712.

³⁷ C. R. Sunstein, *Laws...*, *op.cit.*, s. 98.

³⁸ *Idem*, s. 102.

mokracji, ustawodawca jest poddany presji społecznej: regulacja państwowa ma czynić zadość lękom występującym w danym narodzie, lękom – o czym właśnie się przekonaaliśmy – często zupełnie irracjonalnym czy nierozsądnym. Po drugie, należy pamiętać, że sami legislatorzy w większości są ludźmi, przez co nie mogą być wolni w swym osądzie od błędów, które zostały tu przedstawione.

W kontekście powyższych rozważań powstaje pytanie: czy istnieje narzędzie, dzięki któremu regulacja ryzyka mogłaby się uwolnić od niekorzystnego wpływu błędów poznawczych? Zdaniem Sunsteina, takim właśnie narzędziem może być CBA. Od razu należy jednak zwrócić uwagę, że dla amerykańskiego jurysty analiza kosztów i korzyści ma nieco odmienne znaczenie, niż miała dla neoklasyków. Dla nich przestrzeganie zaleceń CBA miało zasadniczo jeden cel: zapewnienie realizacji głównej funkcji prawa, czyli sprzyjaniu efektywności ekonomicznej. Sunstein co prawda jest przychylny wizji prawa jako narzędzia służącego efektywności, ale zaprzecza, by stanowiło to jedyny dopuszczalny cel wszelkiej regulacji. Dopuszcza on mianowicie sytuacje, w których norma prawna na pierwszy rzut oka nie sprzyja efektywności ekonomicznej, ale za to wyraża jakąś istotną wartość, której hołduje dane społeczeństwo.

Tak więc Sunstein, w odróżnieniu od neoklasyków, nie traktuje CBA jako pewnej niepodważalnej reguły decyzyjnej, od której odstępianie jest równoznaczne sprzeniewierzeniu się jedynej funkcji prawodawstwa. Nie, dla niego analiza kosztów i korzyści stanowi jedynie formalne narzędzie, które dzięki swojemu rygoryzmowi może wyzwolić regulację od zgubnego wpływu błędnych intuicji³⁹. CBA wymaga oparcia się na możliwie twarde danych historycznych, dzięki czemu unikamy zaniedbania prawdopodobieństwa czy opierania jego szacunków na zawodnych heurystykach. CBA zmusza do wymienienia wszelkich kosztów danej regulacji, co zdaje się utrudniać zaniedbywanie ryzyk „poza widokiem”. CBA nakazuje odrębne traktowanie kosztów i korzyści, dzięki czemu można uniknąć wpływu heurystyki afektu czy zaniedbywania ryzyka lub zysków.

Należy jednak zwrócić uwagę, że znaczenie, jakie Sunstein przypisuje analizie kosztów i korzyści, jest jeszcze głębsze. Otóż owa metoda umożliwia bliski sercu tego jurysty podział pracy między ekspertów a społeczeństwo: ustalenie faktów niezbędnych do przeprowadzenia CBA winno być wyłączną domeną ekspertów, zaś społeczeństwu pozostaje co najwyżej zadanie wyrażenia relewantnych wartości. Jest to dla Sunsteina ważna kwestia, gdyż jego zdaniem znaczna część kontrowersji wokół regulacji ryzyka sprowadza się w istocie do nietrafnych ustaleń faktycznych będących skutkiem błędów poznawczych i nacisków społecznych. Gdy w kwestii ustaleń faktycznych eksperci

³⁹ *Idem, Cognition and Cost-Benefit Analysis, "The Journal of Legal Studies" 2000, S 2, s. 1060.*

prezentują twierdzenia odmienne od przekonań społecznych, należy – zdaniem Sunsteina – całkowicie zawierzyć ekspertom posługującym się rygorystycznym CBA – dzięki temu znaczna część społecznych konfliktów zaniknie.

Jak już wspominałem, Sunstein twierdzi, że eksperckie CBA nie musi w każdym przypadku zamykać kwestii danej regulacji. Otóż dopuszcza on sytuację, w której ekspercka analiza wskazuje np., że dana regulacja jest ekonomicznie nieefektywna, a mimo to społeczeństwo domaga się jej wprowadzenia, gdyż służy ona realizacji jakiejś sprzecznej z efektywnością, a w danej sytuacji ważnej wartości, powiedzmy sprzyja takiemu rozkładowi ryzyka, który jest uznawany za słuszny czy sprawiedliwy. Jednak w takiej sytuacji przedmiotem sporu nie będą już fakty (gdyż te zostały zamknięte w eksperckim CBA), a jedynie pewne nieużyteczne wartości.

3. Paternalizm

Sunstein określa model regulacji ryzyka obecnie dominującego w większości państw naszego kręgu kulturowego mianem populistycznego⁴⁰. Chodzi o to, że rządzący – w obliczu lęków społecznych nieznajdujących pokrycia w faktach – zazwyczaj decydują się wyjść naprzeciw tym lękom przez próbę prawnej redukcji przedmiotowych ryzyk. Zdaniem Sunsteina takie podejście winno być zastąpione proponowanym przez niego modelem deliberatywnej demokracji: gdy rząd spotyka się z żądaniami regulacji ryzyka opartymi na ewidentnie błędnych założeniach faktycznych oraz sprzecznymi z rezultatami eksperckiego CBA, winien on podjąć z grupami żądającymi regulacji dyskusję, która będzie trwała tak długo, aż owe grupy uznają, że błędziły i pogodzą się z faktami⁴¹.

W zasadzie nikt nie określa omawianych teraz poglądów Sunsteina mianem koncepcji deliberatywnej demokracji poza nim samym. Inni za bardziej adekwatną etykietkę uważają np. określenie paternalistyczna filozofia ryzyka⁴². Jak się wydaje, nazwanie poglądów Sunsteina mianem paternalistycznych jest w istocie trafne. Dobrze widać to choćby na przykładzie następującego cytatu: „w sytuacjach, w których się ze sobą nie zgadzają, to eksperci zasadniczo (*generally*) mają rację, a zwykli ludzie zasadniczo (*generally*) się mylą⁴³”. Tak więc zdaniem Sunsteina zwykli ludzie są – generalnie rzecz ujmując – niezdolni do trafnego szacowania ryzyka, więc opieranie ustawowych regulacji

⁴⁰ C. R. Sunstein, *Laws...*, *op.cit.*, s. 2.

⁴¹ *Ibidem*, s. 127.

⁴² M. Kusch, *Towards a political philosophy of risk: experts and publics in deliberative democracy* [w:] *Risk...*, *op.cit.*, s. 133.

⁴³ C. R. Sunstein, *Risk...*, *op.cit.*, s. 55.

na przekonaniach społecznych (gdy są one sprzeczne z wynikami eksperckiego CBA) jest co do zasady niedopuszczalne.

Jak się wydaje, Sunstein chce określać swoje propozycje jako *deliberatywne* z powodu wysuwanego przez siebie postulatu, by wprowadzenie regulacji (lub brak jej wprowadzenia) było poprzedzone dyskusją. Wszelako nietrudno zauważyć, że dyskusja ma dla amerykańskiego jurysty charakter czysto instrumentalny: ma ona służyć przekonaniu określonych grup społecznych, że się mylą i nakłonić je do zawierzenia wynikom eksperckiego CBA. Co więcej, nawet do tak rozumianej dyskusji Sunstein nie jest przywiązany szczególnie mocno. W jednym miejscu pisze, że każda dyskusja niesie za sobą niebezpieczeństwo wystąpienia zjawiska polaryzacji grupowej⁴⁴. Gdzie indziej stwierdza, że gdy dyskusja może wieść do rezultatów odwrotnych od zamierzonych, rząd ma zawsze w zanadrzu alternatywną opcję: może zmienić temat⁴⁵.

IV. Krytyka Sunsteina: koncepcja rywalizujących racjonalności oraz teoria kulturowa

Propozycje Sunsteina zostały przezeń przedstawione w sposób niezwykle wyrazisty i są bardzo kontrowersyjne. Krytyka przyszła z wielu stron, ale w formie bodaj najmocniejszej i najbardziej fundamentalnej ze strony środowiska, na którego osiągnięcia Sunstein często się powołuje, tj. środowiska skupionego wokół badacza percepcji ryzyka Paula Slovic. Krytyka Slovic oparta jest – w pewnym uproszczeniu – na dwóch argumentach.

Po pierwsze, podważa on założenie Sunsteina, jakoby fakt rozbieżności między szacunkami ryzyka u ekspertów i zwykłych ludzi miał jednoznacznie świadczyć o tym, że zwykli ludzie się mylą. Konkluzja taka jest bowiem oparta na założeniu, że eksperci i zwykli ludzie zmierzają do tego samego celu – rozumianego dokładnie tak samo szacunku wielkości ryzyka – i jedynie z powodu różnic w zdolnościach poznawczych docierają do różnych rezultatów. Tak zaś w jego opinii nie jest. W przypadku eksperckiej analizy ryzyko jest rozumiane dość prosto, zazwyczaj jako iloczyn wielkości potencjalnej szkody i jej prawdopodobieństwa. Rozumienie ryzyka u zwykłych ludzi jest zaś o wiele bogatsze. Przypomnijmy sobie referowane powyżej badania nad percepcją ryzyka – z ich wyników zdawało się wynikać, że owa percepcja u badanych jest wyznaczona szeregiem zmiennych jakościowych (jak: „kontrolowalność”, „dobrowolność”, „sprawiedliwość” itd.).

⁴⁴ *Ibidem*, s. 30.

⁴⁵ C. R. Sunstein, *Laws...*, *op.cit.*, s. 125.

Można przypuszczać, że za niektórymi z owych zmiennych kryją się wartości, jakie – w przekonaniu ludzi – winny kierować sposobem, w jaki radzimy sobie z ryzykiem. Tak też „intuicyjne” szacunki ryzyka miałyby być przejawem owych wartości. Zatem eksperci i ludzie nie „ścigają się” na tym samym poziomie racjonalności. Racjonalność zwykłych ludzi jest dużo bogatsza (bo świadczy o wyznawanych wartościach nieużytych) i dlatego to jej wynikom należałoby (w społeczeństwie demokratycznym) przyznać prymat. Nie należy zaś owych wyników zupełnie odrzucać, jak chce tego Sunstein⁴⁶.

Drugi argument wysuwany przez Slovicą odwołuje się do tzw. teorii kulturowej. Owa teoria jest zazwyczaj wiązana z wiekopomnym dziełem *Risk and Culture* autorstwa antropolog Mary Douglas i politologa Aarona Wildavsky’ego. W interesującym nas kontekście za kluczowe twierdzenie teorii kulturowej należy uznać to, że kultura poprzedza poznawczo fakty w społecznych dyskusjach o ryzyku⁴⁷. Znaczy to tyle, że wszelka percepcja ryzyka jest wyznaczona u każdego człowieka przez pewien zespół wartości, który z kolei jest równoznaczny przynależności danej osoby do jednego z kulturowych światopoglądów (egalitarystycznego, indywidualistycznego lub hierarchicznego). Zatem to, jak szacujemy dane ryzyko, a nawet to, czy określone zjawisko w ogóle za ryzyko uznajemy, jest wyznaczone nie naszym obrazem faktów, ale raczej naszą przynależnością do któregoś z grup światopoglądowych. To, jakie fakty przyjmiemy dla naszych percepcji ryzyka, jest zupełnie wtórne wobec owej przynależności światopoglądowej.

Jeśli tak miałyby być w istocie, to przedstawiona powyżej teoria byłaby zupełnie dewastująca dla poglądów Sunsteina. Główna idea tego jurysty polega moim zdaniem na wierze w to, że kontrowersje co do regulacji ryzyka nie są wyłącznie skutkiem różnic w wyznawanych wartościach, ale także (być może – przede wszystkim) nieporozumień co do faktów. Zatem rozwianie owych nieporozumień (przez powierzenie ekspertom ustaleń faktycznych) może doprowadzić do wyeliminowania niektórych konfliktów lub przynajmniej ich znaczącego ograniczenia. Mówiąc obrazowo, nasze konflikty wokół takich kwestii, jak: regulacja aborcji, dostęp do broni, energetyka jądrowa czy stężenie arsenu w wodzie pitnej są w znacznej mierze skutkiem błędów poznawczych. Ich wyeliminowanie (przez ustalenie faktów) zbliży obie strony co najmniej na tyle, by możliwa była do pomyślenia jakaś akceptowalna dla wszystkich regulacja tych kwestii.

Dla zwolenników teorii kulturowej takie myślenie jest skrajnie naiwne. W dyskusji o ryzyku nie ma czegoś takiego jak poziom „czystych faktów” (co do których, na dodatek,

⁴⁶ P. Slovic, *Trust, Emotion, Sex, Politics and science: Surveying the Risk-assessment Battlefield* [w:] *The Perception of Risk*, op.cit., s. 411–412.

⁴⁷ D. M. Kahan, P. Slovic, D. Braman, J. Gastil, *Fear of Democracy: A Cultural Evaluation of Sunstein on Risk* [w:] *The Feeling of Risk: New Perspectives on Risk Perception*, P. Slovic (red.), London 2010, s. 192.

musielibyśmy się po wyeliminowaniu błędów poznawczych wszyscy zgodzić). Według omawianej tu teorii, zbiór faktów, na które się powołujemy, jest zupełnie wtórny wobec światopoglądu, który wyznajemy (nie jest wszak przypadkiem, że zazwyczaj każda ze stron sporu politycznego może powołać się na opinie „swoich” ekspertów⁴⁸). Sunstein opiera się na (prawdopodobnie hume’owskim) założeniu, że możliwe jest ściśle odseparowanie faktów od wartości i że w przypadku tych pierwszych wszelkie problemy mogą być – choćby co do zasady – łatwo rozwiązane. Z punktu widzenia teorii kulturowej sama możliwość takiej separacji stanowi zupełny miraż.

V. Zakończenie

Konkludując, spór między behawiorystami a zwolennikami teorii kulturowej wynika przede wszystkim z faktu, że ci pierwsi twierdzą, iż intuicyjne szacunki ryzyka są systematycznie nietrafne, co pociąga za sobą nieefektywną regulację ryzyka. Ci drudzy natomiast odpowiadają na to, że zdaniom o wielkości ryzyka nie przysługuje wartość logiczna, gdyż samo ryzyko jest jedynie konstruktem społecznym, a nie obiektywną cechą świata empirycznego.

Z tej heterogeniczności poglądów można wysnuć wniosek, że obie strony przedstawianego sporu w istocie różnie rozumieją samo pojęcie ryzyka, czy wręcz reprezentują różne stanowiska metafizyczne wobec natury ryzyka. Cass Sunstein jest tu wzorcowym przykładem zwolennika podejścia, które można nazwać naukowym⁴⁹ i w związku z tym jest metafizycznym realistą, gdy chodzi o istnienie ryzyka. Sunstein wierzy, że ryzyko jest obiektywną cechą świata, którą można w sposób systematyczny mierzyć. Zatem w razie zachodzenia niezgody co do istnienia lub wielkości danego ryzyka, możemy być pewni, że przynajmniej jedna strona się myli. Możemy domniemywać, że tą tkwiącą w błędzie stroną są polegający na mocno zawodnych sposobach wydawania sądów zwykli ludzie, a nie wyposażeni w spójną metodologię eksperci.

Slovic i zwolennicy teorii kulturowej są z kolei zwolennikami tego, co za Niklasem Möllem można określić jako podejście kulturowe. Ryzyko nie jest tu uznawane za żadną obiektywną cechą świata, a wyłącznie za konstrukt społeczny stworzony po to,

⁴⁸ Na marginesie, zdumiewające jest, jak niewiele miejsca w swych dziełach Sunstein poświęca dość oczywistej obserwacji, że całkiem często „eksperci się ze sobą nie zgadzają”.

⁴⁹ Terminologia za: N. Möller, *The Concepts of Risk and Safety* [w:] *Handbook of Risk Theory. Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk*, S. Roesner, R. Hillerbrand, P. Sandin, M. Peterson (red.), Dordrecht 2012, s. 57.

by pewnej arbitralnie określonej (czy raczej: zgodnej z pewnym światopoglądem lub zespołem wartości) klasie zagrożeń przyznać wyróżniony status. Żadna obiektywna miara ryzyka nie istnieje, bo i nie istnieje żadna definicja ryzyka. Jak wprost pisze Paul Slovic:

ktokolwiek kontroluje definicję ryzyka, kontroluje racjonalne rozwiązanie danego problemu. Jeśli zdefiniować ryzyko w określony sposób, to któraś opcja okaże się wtedy najbardziej ekonomicznie efektywna lub najbezpieczniejsza, lub najlepsza. (...) Zatem definiowanie ryzyka oznacza w istocie sprawowanie władzy⁵⁰.

Powyższa kontrowersja nie jest jedyną ani najważniejszą. Warto zwrócić uwagę na to, że o ile przedstawiciele neoklasycznej ekonomicznej analizy prawa teorii oczekiwanej użyteczności przyznawali moc zarówno normatywną jak i deskryptywną, o tyle behawiorysty odrzucili jej wymiar deskryptywny, zatrzymując moc normatywną. Oznacza to, że zarówno neoklasycy, jak i behawiorysty uznają pozbawiony jakiejkolwiek treści empirycznej model matematyczny (jakim jest teoria oczekiwanej użyteczności i inne założenia ekonomii neoklasycznej) za powszechny probierz racjonalności, do którego winny być przyrównywane wszelkie decyzje. Zatem skoro behawioralna ekonomiczna analiza prawa stwierdza, że ludzie w sposób systematyczny tego kluczowego kryterium racjonalności nie spełniają, to niezbędne staje się znalezienie sposobu, który zagwarantuje niezależność procesu prawodawczego od złudnych intuicji potocznych. Za taki sposób behawiorysty uznają CBA, która zdaje się spełniać postulat obiektywnego, odpornego na nietrafne osądy, możliwie mechanicznego narzędzia.

Nasuwa się jednak pytanie: czy procesie prawotwórczym należy dążyć do ideału mechanicznej obiektywności i czy taki ideał jest w ogóle osiągalny? W tym artykule nie podejmę już próby odpowiedzi na to pytanie, choć wydaje mi się, że wiele racji mają znakomite uwagi historyka nauki Theodore'a Portera, zawartych w jego znanym dziele *Trust in Numbers*:

choć często na wstępie przyznają, że obliczenia nie mogą zastąpić osądu politycznego, analitycy kosztów i korzyści oraz analitycy ryzyka ewidentnie chcą ów osąd powściągnąć tak bardzo jak to możliwe. Zazwyczaj twierdzą oni, iż decyzja nigdy nie może zostać pozostawiona choćby i roztropnym rozważaniom złożonych szczegółów, lecz musi być zawsze zredukowana do rozsądnej, niepodatnej na błędy reguły decyzyjnej⁵¹.

⁵⁰ P. Slovic, *Trust...*, *op.cit.*, s. 411.

⁵¹ T. M. Porter, *Trust in Numbers. The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*, Princeton 1995, s. 189.

I dalej:

analiza kosztów i korzyści została stworzona jako strategia ograniczenia roli polityki w decyzjach o inwestycjach publicznych. (...) Jej przemiany w uniwersalny standard racjonalności, wsparty przez tysiące stron reguł, nie można przypisywać megalomanii ekspertów, a raczej biurokratycznemu konfliktowi w kontekście wszechogarniającego braku zaufania w sferze publicznej. Choć narzędzia tego typu dostarczają niewiele więcej niż poradnik do analizy i język debaty, istnieje silna presja, by uznać je za coś więcej. Ideał mechanicznej obiektywności został już zinternalizowany przez wielu stosujących tę metodę, którzy chcieliby, aby decyzje były podejmowane w zgodzie z „rutyną, która – raz wprawiona w ruch przy pomocy stosownych zdań o wartościach sformułowanych przez osoby politycznie odpowiedzialne – działałaby potem niczym wszechświat deistów, bez potrzeby dalszych interwencji z góry” [P. Dasgupta, A. Sen, S. Marglin]⁵².

⁵² *Ibidem*.

Dopuszczalności opóźnienia publikacji informacji poufnych

Abstract

Disclosure duty of inside information is one of the main duties of the issuers of financial instruments. It lets diminish information asymmetry and enhances development of capital market.

European legislator, followed by a national one does not see it as unconditional but provides issuers with an exception, taking into account their legitimate interests. Besides access to the information, there are also other values on the market that must be preserved and that help to enhance trust on the regulated market.

Precise definition of the premises of the delay of disclosure brings however a lot of problems for the theoreticians as well as for the professionals. Especially such expressions as prejudice of legitimate interests or mislead the public provide huge problems concerning the delay.

Taking into consideration sanctions for infringement of the legal provisions concerning inside information, the precise definition of premises of the delay is indispensable. Because polish regulations is an implementation of the European directive, its interpretation should bear in mind its aim.

¹ Doktorant w Katedrze Polityki Gospodarczej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikant radcowski.

Streszczenie

Obowiązek publikacji informacji poufnej jest jednym z najważniejszych obowiązków emitentów papierów wartościowych. Pozwala on na niwelowanie asymetrii informacji i przyczynia się przez to do rozwoju rynku kapitałowego.

Ustawodawca unijny, a za nim i krajowy nie traktuje go jednak jako absolutnego, ale dopuszcza od niego wyjątki, biorąc pod uwagę słuszny interes emitenta. Dostęp do informacji nie jest bowiem dobrem samym w sobie, ale środkiem w kierunku budowania zaufania do rynku regulowanego.

Dokładne zdefiniowanie przesłanek zastosowania omawianej instytucji nastrocza jednak spore problemy zarówno teoretykom jak i praktykom. Szczególnie tak nieostre pojęcia jak naruszenie słusznego interesu emitenta czy niewprowadzenie w błąd opinii publicznej stwarzają ogromne problemy w stosowaniu opóźnienia.

Ze względu na poważne sankcje za naruszenie reżimu związanego z informacją poufną, precyzyjne określenie przesłanek jest nieodzowne. Natomiast ze względu na fakt, że polska regulacja stanowi implementację dyrektywy unijnej, jej interpretacja powinna mieć na względzie jej cel.

I. Uwagi ogólne

Stałe obowiązki informacyjne związane z publikacją informacji poufnych (dalej „obowiązki informacyjne”) uregulowane w art. 56 i nast. ustawy o ofercie² są jednym z głównych obciążeń, które spoczywają na emitentach papierów wartościowych. Pozwalają one na zmniejszenie informacyjnej asymetrii pomiędzy emitentami papierów wartościowych a inwestorami i tym samym przyczyniają się do zwiększenia integralności rynku³. Pozwala to na redukcję kosztów transakcyjnych, a także na większą płynność instrumentów finansowych⁴. Problemem, który wyłania się na tle omawianej regulacji, jest konflikt interesów pomiędzy inwestorami a emitentami obciążonymi obowiązkami informacyjnymi. Interes potencjalnych inwestorów można również przeciwstawiać interesom tych,

² Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, Dz. U. Nr 183, poz. 1539 z późn. zm. (dalej jako: ustawa o ofercie).

³ K. Shahzad, G. Mertens, *The Effects of Market Abuse Directive on the Investors' Information Level and the Quality of Analysts' Reports*, <http://ssrn.com/abstract=1917293>, s. 3.

⁴ S. Gilotta, *The conflict between disclosure in securities markets and the firm's need for confidentiality: theoretical framework and regulatory analysis*, <http://ssrn.com/abstract=1709334>, s. 7.

którzy nabyli już określone instrumenty finansowe, ponieważ na upublicznieniu niektórych informacji mogą zyskać przede wszystkim konkurenci emitenta, co w rezultacie może się przełożyć na sytuację ekonomiczną np. właścicieli akcji⁵. Ustawodawca unijny, a w ślad za nim państwa członkowskie, implementując postanowienia dyrektywy 2003/6/WE⁶, wprowadzają zatem wyjątek od obowiązków informacyjnych polegający na możliwości opóźnienia ujawnienia pewnej grupy informacji.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest dokładne omówienie przesłanek dopuszczalności opóźnienia publikacji informacji poufnych, co stanowi wyjątek od obowiązku niezwłocznego przekazania do publicznej wiadomości takich informacji i w praktyce budzi wiele wątpliwości⁷. Dokładniejsza analiza jest konieczna z uwagi na surową odpowiedzialność za nieupublicznianie informacji poufnych. Dokonując interpretacji, szczególnie nacisk należy położyć na wykładnię zgodną z treścią dyrektywy 2003/6/WE, która została implementowana do polskiego porządku prawnego oraz cel, jaki przyświecał europejskiemu prawodawcy⁸.

II. Źródła obowiązków informacyjnych w prawie polskim

Wprowadzenie przez polskiego prawodawcę obowiązków informacyjnych ma swoje źródło w art. 6 ust. 1 dyrektywy 2003/6/WE, który nakłada na Państwa Członkowskie obowiązek zapewnienia, że emitenci instrumentów finansowych podają możliwie szybko do wiadomości publicznej informacje wewnętrzne bezpośrednio ich dotyczące. Obowiązek ten konkretyzuje art. 2 dyrektywy 2003/124/WE⁹ stanowiący m.in., że informacja pochodząca od emitenta powinna być ogłaszana w taki sposób, aby pozostali uczestnicy obrotu mogli uzyskać do niej szybki dostęp oraz dokonać na jej podstawie w odpowiednim czasie pełnej i prawidłowej oceny sytuacji emitenta. Uregulowanie stałych obowiązków informacyjnych emitentów lapidarnie opisuje WSA w Warszawie:

⁵ S. Gilotta, *op.cit.*, s. 2.

⁶ Dyrektywa 2003/6/WE Parlamentu europejskiego i Rady z dnia 28.01.2003 r., w sprawie wykorzystania poufnych informacji i manipulacji na rynku (nadużyć na rynku) (tzw. dyrektywa Market Abuse mająca charakter ramowy), Dz. Urz. WE L 96 z 12.04.2003 r. (dalej jako: dyrektywa 2003/6/WE).

⁷ Por. C. di Noia, *Pending issues in the review of the European market abuse rules*, "ECMI Policy Brief 2012", nr 19.

⁸ J. Jastrzębski, *O unijnym kontekście regulacji informacji poufnych w prawie rynku kapitałowego – zakres obowiązku informacyjnego i dopuszczalność opóźnienia publikacji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 1, s. 5.

⁹ Dyrektywa Komisji 2003/124/WE z 22.12.2003 r., wykonująca dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie definicji i zasad publicznego ujawniania informacji poufnych oraz definicji manipulacji na rynku, Dz. Urz. WE L 339 z 24.12.2003 r. (dalej jako: dyrektywa 2003/124/WE).

Uczestnicy rynku, a zwłaszcza podmioty emitujące papiery wartościowe, obowiązane są do informowania inwestorów o wszystkich istotnych zdarzeniach, które mogą mieć wpływ na rynkową wycenę papierów wartościowych, a całość infrastruktury rynku kapitałowego służy równemu i prostemu dostępowi do tych informacji. Zasadę tę wyznaczają zatem dwa podstawowe wymogi: informowania rynku przez emitentów oraz równy (niedyskryminujący nikogo) dostęp do informacji¹⁰.

Przepis art. 57 ust. 1 ustawy o ofercie stanowi, że emitent papierów wartościowych może na własną odpowiedzialność na określony czas opóźnić wykonanie obowiązku publikacji informacji poufnej, jeżeli mogłoby to naruszyć jego słuszny interes. Oznacza to, że obowiązek ten nie ma charakteru bezwzględny i ustawodawca bierze pod uwagę również interesy emitenta¹¹. Zaproponowane rozwiązanie nie wprowadza jednak wyjątku o charakterze podmiotowym lub przedmiotowym, a jedynie przesuwają w czasie moment wykonania obowiązków nałożonych przez ustawę¹². Nie jest więc możliwe nieopublikowanie informacji w ogóle. Przekazanie informacji do publicznej wiadomości musi nastąpić, chociaż w przepisach nie ma podanego maksymalnego terminu, do którego miałyby to nastąpić¹³.

Podkreślić trzeba, że im większe możliwości w opóźnieniu publikacji mają emitenci informacji poufnych, tym większe ryzyko, że cena rynkowa instrumentów finansowych nie będzie odzwierciedlać rzeczywistej wartości instrumentu finansowego, na czym ucierpi interes inwestorów¹⁴. Zbyt wczesne opublikowanie pewnej informacji mogłoby w rezultacie doprowadzić do pokrzyżowania określonych planów emitenta lub narazić go na utratę wiarygodności¹⁵. Tak więc pomimo tego, że rynek będzie cierpieć na niedobór informacji oraz wzrośnie ryzyko *insidertradingu*, to korzyść, jaką odnosi emitent (a dokładniej rzecz ujmując – brak straty) przewyższa korzyści inwestorów z pozyskania takiej informacji¹⁶. Reguły rynku kapitałowego muszą zatem uwzględniać realia gospodarcze, gdyż w przeciwnym razie mogłoby to doprowadzić do mniejszego zainteresowania emi-

¹⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 września 2006 r., sygn. akt VI SA/Wa 1041/06, LEX nr 247555.

¹¹ K. Haładyj, *Ustawa o ofercie publicznej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 355; *idem*, *Odpowiedzialność odszkodowawcza emitentów za naruszenie obowiązków informacyjnych*, Warszawa 2008, s. 189.

¹² M. Glicz, *Obowiązki publikacyjne emitentów w zakresie informacji poufnych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 10, s. 56.

¹³ A. Romanowska, *Insider trading - obowiązki emitentów oraz insiderów*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 4, s. 12.

¹⁴ C. Di Noia, *The Market Abuse Directive Disclosure Regime in Practice: Some Margins for Future Actions*, <http://ssrn.com/abstract=1417477>, (dostęp: 10.05.2014).

¹⁵ K. Haładyj, *Ustawa o...*, *op.cit.*, Warszawa 2009, s. 364.

¹⁶ T. Sójka, *Obowiązki informacyjne spółek publicznych i odpowiedzialność cywilna za ich naruszenie*, Warszawa 2008, s. 120.

sją papierów wartościowych w publicznym obrocie, co odbiłoby się na całym rynku kapitałowym¹⁷. Ze względu na użycie w przepisie sformułowania „słuszny interes emitenta”, w konkretnym stanie faktycznym będzie zawsze dochodziło do porównywania interesu emitenta oraz inwestorów i w przypadku, gdy ten pierwszy przeważa, powstanie możliwość zastosowania wyjątku¹⁸. Pośrednio jest tu jednak chroniony także interes tych inwestorów, którzy posiadają akcje emitenta, ponieważ ostatecznie pogorszenie sytuacji emitenta będzie rzutować na ich pozycję majątkową jako właścicieli akcji. Mówić można jedynie o pośredniej ochronie, gdyż interesu emitenta, o którym mowa w art. 57 ust. 1 ustawy o ofercie, nie można utożsamiać z interesem akcjonariuszy.

W doktrynie przyjmuje się, że możliwe jest opóźnienie publikacji informacji bieżącej w przypadku, gdy jednocześnie stanowi ona informację poufną. Przemawia za tym argument, że rozporządzenie w sprawie rodzaju informacji, które mogą naruszyć słuszny interes emitenta¹⁹ odwołuje się wprost do pojęć używanych w rozporządzeniu w sprawie informacji bieżących i okresowych²⁰. Ponadto, z racji tego, że duża liczba informacji poufnych jest wyszczególniona jako informacja bieżąca, odmienna interpretacja mogłaby prowadzić do sytuacji, w której nie byłoby możliwości opóźnienia publikacji informacji przez emitentów.

Skorzystanie z możliwości, które daje art. 57 ustawy o ofercie nie jest uzależnione od zgody KNF. Emitent ponosi całe ryzyko związane z wykorzystaniem uprawnienia, np. odpowiedzialność odszkodowawczą za bezpodstawne opóźnienie upublicznienia informacji²¹. Wynika to zarówno z literalnej wykładni przepisu, jak i z faktu, że to na emitencie ciąży obowiązek zachowania poufności informacji aż do jej przekazania do publicznej wiadomości²². Można więc zaryzykować stwierdzenie, że to od emitenta faktycznie zale-

¹⁷ M. Rypina, S. Jakszuk [w:] *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), Warszawa 2012, s. 268.

¹⁸ T. Sójka, *Obowiązki...*, *op.cit.*, s. 122.

¹⁹ Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie rodzaju informacji, które mogą naruszyć słuszny interes emitenta, oraz sposobu postępowania emitenta w związku z opóźnieniem przekazania do publicznej wiadomości informacji poufnych z dnia 13.04.2006 r., Dz.U. Nr 67, poz. 476 (dalej jako: rozporządzenie w sprawie rodzaju informacji, które mogą naruszyć słuszny interes emitenta).

²⁰ Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych oraz warunków uznawania za równoważne informacji wymaganych przepisami prawa państwa niebędącego państwem członkowskim z dnia 19.02.2009 r., Dz.U. Nr 33, poz. 259 (dalej jako: rozporządzenie w sprawie informacji bieżących i okresowych).

²¹ K. Haładyj, *Ustawa o...*, *op.cit.*, s. 367.

²² *Idem*, *Odpowiedzialność odszkodowawcza emitentów za naruszenie obowiązków informacyjnych*, Warszawa 2008, s. 203.

ży (a przynajmniej do pewnego momentu), jakie informacje podlegają upublicznieniu²³. Zastosowanie omawianej instytucji nie jest obowiązkiem emitenta i to od niego w całości zależy, czy w przypadku zaistnienia odpowiednich przesłanek zechce z niej skorzystać. Może on również w każdym momencie zrezygnować z już stosowanego opóźnienia i przekazać informację do publicznej wiadomości²⁴.

W literaturze pojawił się pogląd, że emitent ponosi odpowiedzialność za wszelkie szkody – niezależnie od faktu, czy szkoda powstała w skutek wycieku informacji, czy też nie²⁵. Wydaje się, że jest to pogląd zbyt dosadny z tego powodu, że jedną z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej jest bezprawność²⁶. Dlatego też w przypadku, gdy opóźnienie publikacji było dopuszczalne w świetle art. 57 ustawy o ofercie, nie można mówić o spełnieniu tej przesłanki. Odpowiedzialność odszkodowawcza będzie zachodzić tylko w wypadku, gdy w/w przepis został naruszony. Ostateczna decyzja co do prawidłowej kwalifikacji danego przypadku należy jednak do KNF: już po upublicznieniu bada ona, czy rzeczywiście zachodziły przesłanki skorzystania z opóźnienia²⁷. W przypadku bezzasadnego zastosowania art. 57 ustawy o ofercie emitentowi grozi oprócz odpowiedzialności cywilnej również odpowiedzialność administracyjna i karna. Ze względu na niedookreśloność przesłanki naruszenia istotnych interesów, ciężko jest z góry sprecyzować sytuację, w której będzie zachodziła możliwość opóźnienia. Sprawę trzeba zawsze badać *in concreto*.

Przepis art. 57 ust. 1 ustawy o ofercie znajduje zastosowanie jedynie w przypadku opóźnienia się w wykonaniu obowiązku, o którym mowa w art. 56 ust. 1 ustawy o ofercie. Nie znajdzie on zastosowania do sytuacji, o której mowa w art. 157 ustawy o obrocie²⁸.

²³ S. Gilotta, *op.cit.*, s. 35.

²⁴ T. Sójka [w:] *Ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu. Komentarz*, T. Sójka (red.), Warszawa 2010, s. 337–338.

²⁵ K. Haładyj, *Odpowiedzialność...*, *op.cit.*, s. 204; M. Glicz, *Odpowiedzialność cywilna emitenta za naruszenie obowiązków publikacyjnych w zakresie informacji poufnych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2005, nr 11, s. 19.

²⁶ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 215.

²⁷ Użyte tu sformułowanie jest pewnym skrótem myślowym. Ocena KNF nie wyklucza oczywiście niezależnego badania przesłanki bezprawności przez sąd w trakcie ewentualnego powództwa o odszkodowanie.

²⁸ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, Dz.U. Nr 183, poz. 1538 z późn. zm. (dalej jako ustawa o obrocie); T. Sójka [w:] *Ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów...*, *op.cit.*, s. 352.

III. Potencjalne naruszenie słusznego interesu emitenta

Potencjalne zagrożenie interesu emitenta oznacza, że dla spełnienia tej przesłanki wystarczające jest stwierdzenie stanu zagrożenia, tj. sytuacji, w której naruszony będzie interes emitenta. Badanie tego elementu stanu faktycznego będzie przeprowadzane *ex ante*, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności występujących w chwili, w której emitent był zobowiązany do opublikowania danej informacji²⁹. Konieczne bowiem dla zastosowania opóźnienia będzie stwierdzenie, że upublicznienie danej informacji może zagrozić emitentowi³⁰, przy czym nie jest konieczne, aby w konkretnym stanie faktycznym rzeczywiście ono wystąpiło³¹. Jak podkreśla się w literaturze, chodzi tu tylko i wyłącznie o interes samego emitenta, a nie np. jego akcjonariuszy³² czy też kontrahentów emitenta, którzy również mogliby mieć interes w opóźnieniu publikacji danej informacji³³. Publikacja informacji, która narusza interesy ważnego kontrahenta, może jednak w konkretnych okolicznościach godzić pośrednio także w interes emitenta³⁴.

Wydaje się, że pomimo użycia przymiotnika *legitimate* w dyrektywie, nie chodzi tu o interes, który miałby swoje oparcie w prawie, ale również o interes faktyczny³⁵. Pojęcie to należy rozumieć nie jako interes mający zakotwiczenie w prawie, ale jako interes, który z prawem nie jest sprzeczny, np. informacja dotycząca działań korupcyjnych³⁶.

Naruszenie interesu emitenta może być potencjalne, nie jest wymagane, aby rzeczywiście wystąpiło, ani aby prawdopodobieństwo jego wystąpienia było wysokie. Jeżeli istnieje choćby minimalna możliwość naruszenia interesu emitenta, podlega on ochronie. Oczywiście ta możliwość nie może być przez niego wyimaginowana, lecz powinna mieć uzasadnienie w obiektywnie weryfikowalnych faktach. Podkreślić jednak trzeba, że samo potencjalne naruszenie interesów emitenta nie stanowi jeszcze podstawy do opóźnienia upublicznienia informacji. Dodatkowo warunkami zastosowania tej instytucji jest to, że emitent zapewni zachowanie poufności tych informacji do czasu

²⁹ T. Sójka, *Obowiązki...*, *op.cit.*, s. 120; *idem* [w:] *Ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów...*, *op.cit.*, s. 339.

³⁰ M. Rypina, S. Jakszuk [w:] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *op.cit.*, s. 269–270.

³¹ T. Sójka [w:] *Ustawa...*, *Idem* (red.), s. 341.

³² *Ibidem*, s. 340.

³³ Emittentenleitfaden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Leitfaden/WA/dl_090520_emittentenleitfaden_2009.pdf?__blob=publicationFile, (dostęp: 25.06.2013), s. 65 (dalej jako: BaFinEmittentenleitfaden).

³⁴ A. Chłopecki, *Informacja poufna w prawie papierów wartościowych* [w:] A. Nowicka, *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi S. Sołtysińskiemu*, Poznań 2005, s. 391.

³⁵ M. Rypina, S. Jakszuk [w:] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *op. cit.*, s. 270.

³⁶ T. Sójka, *Obowiązki...*, *op.cit.*, s. 122.

wykonania obowiązku oraz że opóźnienie nie spowoduje wprowadzenia w błąd opinii publicznej³⁷.

IV. Katalog informacji, które mogą naruszyć słuszny interes emitenta

Ustawodawca w § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju informacji, które mogą naruszyć słuszny interes emitenta wprowadza pięć kategorii takich informacji. W literaturze zarysowały się dwa stanowiska w przedmiocie charakteru prawnego tego wyliczenia. Niektórzy uważają je za katalog wyłączny informacji w stosunku do których można skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 57 ustawy o ofercie³⁸. Inni z kolei zarzucają takiej interpretacji sprzeczność z prawem unijnym i uznają ten katalog jedynie za przykładowe wyliczenie³⁹.

Pierwszy pogląd znajduje uzasadnienie w sformułowaniu § 2 ust. 1 cytowanego wyżej rozporządzenia. Ze względu na brak dodatkowego określenia, np. „w szczególności”, przedstawiony katalog można byłoby traktować jako zamknięty. Ponadto w projekcie rozporządzenia w sprawie rodzaju informacji, które mogą naruszyć słuszny interes emitenta⁴⁰, ustawodawca opowiedział się za enumeratywnym wyliczeniem informacji, które mogą naruszyć słuszny interes emitenta. Należy jednak zaznaczyć, że ten argument nabiera znaczenia jedynie z perspektywy historycznej, gdyż uzasadnienie projektu rozporządzenia nie jest źródłem prawa, a więc nie można mu przypisywać zbyt dużego znaczenia.

Za stanowiskiem drugim przemawia natomiast okoliczność, że art. 57 ustawy o ofercie oraz art. 6 ust. 2 dyrektywy 2003/6/WE nie wprowadzają żadnych wytycznych odnośnie informacji, które pozwalałby na skorzystanie z opóźnienia informacji. W literaturze wskazuje się również na gwarancyjny charakter art. 6 ust. 2 dyrektywy 2003/6/WE, co również przemawia za otwartym katalogiem informacji mogących naruszyć ograniczenia w stosowaniu instytucji opóźnienia. Przepis art. 3 ust. 1 dyrektywy 2003/124/WE odnoszący się do art. 6 ust. 2 dyrektywy 2003/6/WE ma jedynie na celu ułatwić emitentom podjęcie

³⁷ Level 3 – second set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market, nr. ref. CESR/06-562b, lipiec 2007, s. 10. (dalej jako: CESR Level 3) Obecnie CESR – Committee of European Securities Regulators nosi nazwę European Securities and Markets Authority (ESMA).

³⁸ K. Oplustil, *Europejskie i polskie regulacje dotyczące informacji poufnych na rynku kapitałowym* (cz. II), „Prawo Spółek” 2005, nr 3, s. 18; M. Glicz, *Obowiązki...*, s. 56; A. Romanowska, *op.cit.*, s. 12.

³⁹ T. Sójka, *Obowiązki...*, *op.cit.*, s. 124.

⁴⁰ Uzasadnienie projektu rozporządzenia, Druk sejmowy Nr 3970, Sejm IV kadencji.

decyzji o ewentualnym opóźnieniu, a nie wprowadzić zamknięty katalog sytuacji, w których opóźnienie w publikacji informacji poufnych jest dopuszczalne⁴¹.

Osobiście opowiadam się za drugą interpretacją. Oprócz zgodności z prawem unijnym przemawia za nim fakt, że art. 57 ustawy o ofercie mówi jedynie o tym, że opóźnienie ma nastąpić w sposób zgodny z przepisami wydanymi na podstawie art. 60 ust. 1 ustawy o ofercie. Oznacza to, że rozporządzenie powinno regulować jedynie sposób, a nie określać co można traktować za informację potencjalnie naruszającą słuszny interes emitenta. W oparciu więc o zasadę nadrzędności ustawy trzeba stwierdzić, że katalog informacji w § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju informacji, które mogą naruszyć słuszny interes emitenta, ma charakter otwarty. Nie jest bowiem możliwe *a priori* określenie wszystkich informacji, których upublicznienie mogłoby naruszyć słuszny interes emitenta⁴².

Taka argumentacja znajduje ponadto silne potwierdzenie w prawie unijnym. Art. 6 ust. 12 dyrektywy 6/2003/WE stanowi, że w celu uwzględnienia rozwoju technicznego na rynkach finansowych oraz zapewnienia jednolitego stosowania niniejszej dyrektywy, Komisja przyjmuje, zgodnie z procedurą przewidzianą w art. 17 ust. 2, środki wykonawcze dotyczące m.in. „technicznych warunków opóźniania podawania do publicznej wiadomości informacji poufnych, jak określono w ust. 2”. Oznacza to, że chodzi tu tylko o instrumentalny sposób wykonania opóźnienia publikacji informacji poufnych, a nie o zakres merytoryczny informacji, które „podpadają” pod wyjątek⁴³. Dalej, przepis art. 3 ust. 1 dyrektywy wykonawczej 2003/124/WE, który odnosi się do art. 6 ust. 1 dyrektywy 2003/6/WE, podając informacje, które mogą naruszyć słuszny interes emitentów, posługuje się zwrotem „w szczególności”. Z literalnej wykładni wynika więc, że nie mamy do czynienia z katalogiem zamkniętym⁴⁴. Odmienna interpretacja prowadziłaby do sytuacji, w której emitent zobowiązany byłby do publikacji informacji nawet wtedy, gdy naruszałoby to jego słuszne interesy, co byłoby sprzeczne z celem dyrektywy.

Ostatecznie również ESMA w swoich wytycznych stwierdza, że tak jak wygenerowanie informacji znajdującej się na liście nie oznacza, że możliwe jest skorzystanie z wyjątku od zasady niezwłocznej publikacji informacji, tak samo możliwe są sytuacje, w których informacje inne niż wymienione będą stanowiły zagrożenie dla słusznego interesu emitenta. W każdym więc przypadku trzeba badać *in concreto*, czy są spełnione wszystkie

⁴¹ J. Jastrzębski, *op.cit.*, s. 12; T. Sójka [w:] *Ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów...*, *op.cit.*, s. 343.

⁴² Por. M. Rypina, S. Jakszuk [w:] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *op.cit.*, s. 271.

⁴³ T. Sójka, *Obowiązki...*, *op.cit.*, s. 124.

⁴⁴ Za takim poglądem opowiada się również ESMA, por. CESR Level 3, s. 9.

przesłanki z art. 6 ust. 2 dyrektywy 2003/6/WE⁴⁵. Zaprezentowana powyżej wykładnia ma również swoje uzasadnienie w badaniach prawnoporównawczych dotyczących uregulowań niemieckich i brytyjskich⁴⁶.

Reasumując, należy podkreślić, że celem prawodawcy unijnego w art. 6 ust. 2 dyrektywy 6/2003/WE było umożliwienie opóźnienia publikacji pewnych informacji, jeżeli naruszałoby to jego słuszny interes. Wprowadzenie zamkniętego katalogu takich informacji jest z tego powodu sprzeczne z tym przepisem. W przypadku, gdy pewna informacja niemieszcząca się w tym katalogu musiałaby zostać opublikowana, prowadziłoby to do naruszenia słusznego interesu emitenta. Ponadto, możliwość opóźnienia należy traktować jako wyjątek od reguły, a nie jako generalną możliwość utrzymania pewnych informacji w tajemnicy. Budowanie zatem zamkniętych i stopniowo rozbudowanych katalogów takich informacji mogłoby doprowadzić do szkodliwych praktyk rynkowych polegających na tym, że emitenci informacje objęte katalogiem traktowaliby *a priori* jako te, co do których możliwe jest stosowanie opóźnienia⁴⁷. Katalog z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2003/124/2003 należy rozumieć jedynie jako wskazówkę do tego, jakie informacje mogą naruszać słuszny interes emitenta. Ponadto, trzeba też wskazać, że samo zakwalifikowanie danej informacji do tego katalogu nie przesądza o możliwości zastosowania wyjątku, ponieważ w przypadku, gdy taka informacja nie narusza słusznego interesu emitenta, ma on obowiązek ją opublikować.

Jakkolwiek więc z praktycznego punktu widzenia, w szczególności gdy mowa jest o odpowiedzialności administracyjnej, istotne jest zwrócenie uwagi na wymienione w rozporządzeniu przykłady informacji naruszających słuszne interesy emitenta, to z czysto teoretycznego punktu widzenia należy się opowiedzieć za otwartym katalogiem takich informacji.

V. Brak wprowadzenia w błąd opinii publicznej

Interes emitenta nie będzie jednak zawsze przeważał nad interesem inwestorów. W przypadku, gdy mogliby oni zostać wprowadzeni w błąd przez niepodanie do publicznej wiadomości pewnej informacji, ustawodawca przyznaje ich interesom pierwszeństwo.

⁴⁵ CESR's Advice on Level 2 Implementation Measures for the proposed Market Abuse Directive, nr ref. CESR/02-089d, grudzień 2002, s. 23–24 (dalej jako: CESR Level 2).

⁴⁶ T. Sójka, *Obowiązki...*, s. 126; T. Sójka [w:] *Ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów...*, *op.cit.*, s. 344.

⁴⁷ Por. CESR Level 3, s. 9–10.

W literaturze zagranicznej wskazuje się na dużą nieprecyzyjność tego pojęcia⁴⁸. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że błędu nie można rozumieć jako braku pełni informacji mogących mieć wpływ na kurs papierów wartościowych emitenta, gdyż taki stan będzie powodować każde opóźnienie publikacji⁴⁹. W doktrynie przyjmuje się zatem, że chodzi o błąd kwalifikowany⁵⁰.

Jako wprowadzenie w błąd określa się sytuację, w której w odczuciu inwestorów nieprzekazanie pewnej informacji jest tożsame przekazaniu informacji cenotwórczej, czyli utrzymaniu inwestorów w takim stanie wiedzy, który z pewnością zmieniłby się, gdyby określona informacja dostała się do wiadomości publicznej⁵¹. Będzie to miało po pierwsze miejsce wtedy, gdy emitent swoimi poprzednimi działaniami lub przekazywanymi informacjami spowodował przekonanie inwestorów o pewnym stanie rzeczy. W takim wypadku opóźnienie publikacji pewnej informacji mogłoby równać się potwierdzeniu poprzednich informacji, np. opóźnienie informacji o tym, że realizowana restrukturyzacja nie będzie mogła dojść do skutku⁵². Albowiem tylko wtedy nieupublicznienie pewnej informacji będzie traktowane jako takie, które może wpłynąć na decyzje podejmowane przez inwestorów, przy czym znaczenie będzie miał tu, tak samo jak przy określaniu informacji poufnej, model racjonalnie działającego inwestora⁵³. Ponadto, możliwa jest sytuacja, gdy przekonanie o pewnym stanie rzeczy nie zostało wywołane osobiście przez emitenta – jego źródłem może być także osoba trzecia. Przykładowo, jeżeli środki masowego przekazu będą publikować pewne informacje na temat emitenta, które są sprzeczne z informacją poufną, np. co do zawarcia intratnego kontraktu, opóźnienie publikacji informacji mogłoby wprowadzić w błąd opinię publiczną.

Informacje krążące na temat emitenta mogą być zarówno prawdziwe, jak i fałszywe. W obu przypadkach zwraca się uwagę na problemy dowodowe, które wyłaniają się przed emitentem, aby w razie ewentualnego procesu wykazać, że opóźnienie nie wprowadzało innych w błąd⁵⁴. Ze względów aksjologicznych pomyśl, aby obciążać emitenta odpowiedzialnością za plotki rozpowszechnianie przez inne podmioty, wydaje się wątpliwy. Z tego też powodu niektórzy regulatorzy rynku kapitałowego akceptują tzw. *no comment*

⁴⁸ T. van Dyck, *Discussion Paper. The Review of the Market Abuse Regime in Europe*, Paper distributed to the participants of the K.U. Leuven L.L.M. Legal Clinics, 2010, s. 8.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 129; C. Di Noia, *The Market...*, *op.cit.*, s. 22.

⁵⁰ T. Sójka [w:] *Ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów...*, *op.cit.*, s. 348–349; BaFinEmitentenleitfaden, s. 67.

⁵¹ K. Haładyj, *Odpowiedzialność...*, s. 203; C. Di Noia, *The Market...*, *op.cit.*, s. 22.

⁵² T. Sójka, *Obowiązki...*, s. 130.

⁵³ M. Rypina, S. Jakszuk [w:] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *op.cit.*, s. 271–272.

⁵⁴ C. Di Noia, *The Market...*, *op.cit.*, s. 23.

policy⁵⁵. Oznacza to, że emitent nie ma obowiązku komentowania informacji, których nie jest źródłem. Nie może on jedynie rozpowszechniać informacji, które byłyby sprzeczne z informacją, co do której stosuje opóźnienie.

W przypadku, gdy opóźnienie dopiero po pewnym czasie będzie wprowadzało w błąd, emitent powinien niezwłocznie po zajściu takiej okoliczności upublicznić daną informację⁵⁶.

VI. Poinformowanie KNF

Zgodnie z art. 57 ust. 1 ustawy o ofercie emitent ma obowiązek poinformować KNF o skorzystaniu z opóźnienia, podać przyczyny uzasadniające opóźnienie oraz wskazać termin, w którym informacja zostanie przekazana podmiotom, o których mowa w art. 56 ust. 1 ustawy o ofercie. Z brzmienia przepisu wynika, że pomimo faktu, iż KNF z formalnego punktu widzenia nie wydaje decyzji o zezwolenie na skorzystanie z opóźnienia, dopiero poinformowanie KNF pozwala na skorzystanie z tej instytucji⁵⁷. W literaturze podnosi się, że jest to czynność konwencjonalna, której podjęcie zawiesza obowiązek emitenta.

Istotne jest to, że w momencie zastosowania opóźnienia, KNF nie ma możliwości zweryfikowania zasadności zastosowania tej instytucji, gdyż nie dysponuje treścią informacji pozwalającej stwierdzić, czy jej opóźnienie rzeczywiście mogłoby naruszyć słuszny interes emitenta. Emitent zaś stosuje ją na własną odpowiedzialność⁵⁸.

Doktryna podkreśla, że aby spełnić wymogi ustawowe, emitent musi poinformować KNF o tym, jaki konkretny interes może zostać naruszony oraz sposób, w jaki miałyby to nastąpić. Przedstawione uzasadnienie powinno być pełne i rzetelne⁵⁹. Nie jest jednak konieczne, aby podawać treść informacji, która ma podlegać opóźnieniu. Ma ono jedynie pozwolić KNF na weryfikację *ex post* zasadności zastosowania opóźnienia po upublicznieniu informacji przez emitenta⁶⁰. Zgodnie ze stanowiskiem niemieckiego regulatora, zakres uzasadnienia opóźnienia ma być na tyle szeroki, aby pozwolił na weryfikację dopuszczalności jego zastosowania bez zadawania dodatkowych pytań⁶¹.

⁵⁵ BaFinEmitentenleitfaden, s. 67.

⁵⁶ CESR Level 3, s. 11.

⁵⁷ T. Sójka, *Obowiązki...*, *op.cit.*, s. 131–132.

⁵⁸ T. Sójka [w:] *Ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów...*, *op.cit.*, s. 350.

⁵⁹ K. Haładyj, *Ustawa o...*, *op.cit.*, s. 367.

⁶⁰ K. Oplustil, *op.cit.*, s. 18; A. Romanowska, *op.cit.*, s. 12.

⁶¹ BaFinEmitentenleitfaden, s. 65.

VII. Obowiązek zachowania poufności

Zgodnie z art. 56 ust. 2 ustawy o ofercie opóźnienie przekazania informacji może nastąpić jedynie pod warunkiem, że emitent zapewni zachowanie poufności tych informacji do chwili wykonania obowiązku. W literaturze jako przykład sytuacji, w której niemożliwe jest zachowanie poufności informacji, podaje się obowiązek uzyskania zgody walnego zgromadzenia na pewne działanie lub czynność prawną⁶². Z istoty rzeczy niezbędne jest, aby informacja taka utraciła status informacji poufnej, gdyż emitent powinien przekazać akcjonariuszom porządek obrad przed walnym zgromadzeniem. Oznacza to, że informacja nie traci przymiotu poufności i stosują się do niej wszystkie przepisy z nią związane, np. art. 156 ustawy o obrocie, oraz sankcje za ich nieprzestrzeganie. Natomiast w przypadku przecieku informacji, np. w sytuacji o której mowa w art. 157 ustawy o obrocie, emitent traci prawo do korzystania z opóźnienia i musi niezwłocznie upublicznić informację.

Szczegółowy sposób postępowania emitentów z informacjami, których upublicznienie zostało poddane opóźnieniu określają przepisy rozporządzenia w sprawie rodzaju informacji, które mogą naruszyć słuszny interes emitenta. Przepisy te stanowią implementację art. 3 ust. 2 dyrektywy 124/2003/WE, który uszczegóławia wymagania stawiane emitentom w celu zapewnienia poufności informacji. Jeżeli emitent nie jest w stanie zachować tych warunków, powinien niezwłocznie upublicznić informację⁶³. To samo tyczy się przypadku, gdy niemożność utrzymania poufności informacji nastąpiła w trakcie trwania okresu opóźnienia⁶⁴. Osoby trzecie mogą uzyskać dostęp do tych informacji jedynie w trybie art. 66 ustawy o ofercie. Ochrona informacji poufnych obejmuje w szczególności: ochronę dokumentów zawierających informacje poufne; ochronę systemów i sieci teleinformatycznych, które są nośnikami informacji poufnych; kontrolę obiegu dokumentów lub innych nośników informacji zawierających informacje poufne polegającą np. na tworzeniu kart dostępu do dokumentów czy monitorowaniu informacji zapisanych na nośnikach elektronicznych; ograniczenie dostępu do nich oraz kontrolę przetwarzania w rozumieniu ustawy o obrocie.

Emitent w momencie, w którym utraci kontrolę nad informacją poufną, zobowiązany jest do jej niezwłocznego upublicznienia w trybie art. 56 ust. 1 ustawy o ofercie. Jedynie w ten sposób możliwe jest zapobiegnięcie negatywnym skutkom wykorzystania infor-

⁶² T. Sójka, *Obowiązki...*, *op.cit.*, s. 131.

⁶³ G. Ferrarini, *The European Market Abuse Directive*, "Common Market Law Review" 2004, nr 3, s. 733.

⁶⁴ CESR Level 3, s. 11.

macji poufnej przez osoby nieuprawnione⁶⁵. Obowiązek niezwłocznego upublicznienia nie powstaje w przypadku, gdy z przepisów szczególnych, postanowień stosownej umowy lub statutu wynika obowiązek zachowania takiej informacji w poufności⁶⁶. Nie powstaje on również wtedy, gdy istnieją plotki, które mogą być traktowane jako wyciek informacji. Dopiero wtedy, gdy emitent wie lub ma uzasadnione podejrzenie, że dany wyciek został spowodowany przez działania na które ma on wpływ, powinien zaprzestać korzystania z opóźnienia i niezwłocznie opublikować informację. Wykluczone jest przy tym dementowanie takich informacji, gdyż takie działania mogłoby zostać uznane za wprowadzające w błąd. Emitent może jedynie ograniczyć się do *no comment policy*⁶⁷.

VIII. Termin wykonania obowiązku informacyjnego

Emitent ma obowiązek wskazać termin, do upływu którego wykona obowiązek związany z informacją poufną. Brak jest przy tym wytycznych, jak długi powinien być to okres i określenie go w całości pozostawiono uznaniu emitenta. Jest to słuszne rozwiązanie, gdyż trudno z góry przewidzieć jak długo upublicznienie danej informacji mogłoby naruszać słuszny interes emitenta. Wydaje się, że koniec terminu powinien przypadać na dzień, w którym ustaną przesłanki uzasadniające opóźnienie. Zaznacza się przy tym, że nie jest konieczne podanie konkretnej daty dniowej, a wystarczające jest określenie pewnego zdarzenia, z którego nadejściem termin zakończy swój bieg, np. spełnienie się warunku zawieszającego w umowie. Możliwe jest także przedłużenie tego terminu przez emitenta, o ile w dalszym ciągu istnieją przesłanki uzasadniające opóźnienie, a wyznaczony początkowo termin okazał się zbyt krótki. W takim wypadku KNF powinna być poinformowana w tym samym trybie, jak w przypadku podania pierwszego terminu. W obu sytuacjach następuje to za pomocą ESPI⁶⁸, którego działanie reguluje rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie środków i warunków technicznych służących do przekazywania niektórych informacji przez podmioty nadzorowane przez komisję papierów wartościowych i giełd z dnia 13.02.2006 r., (Dz. U. Nr 25, poz. 188)⁶⁹.

Emitent powinien spełnić swój obowiązek informacyjny w terminie podanym w zawiadomieniu do KNF lub w zawiadomieniu o przedłużeniu terminu. Przepisy nie zakre-

⁶⁵ K. Haładyj, *Ustawa o...*, *op.cit.*, s. 367.

⁶⁶ T. Sójka, *Obowiązki...*, *op.cit.*, s. 131.

⁶⁷ BaFinEmittentenleitfaden, s. 67–68.

⁶⁸ Elektroniczny System Przekazywania Informacji.

⁶⁹ M. Rypina, S. Jakszuk [w:] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *op.cit.*, s. 272.

ślają maksymalnego terminu, dlatego też KNF nie ma możliwość *ex ante* zbadania jego długości. Ze względu na fakt, że informacja musi być prędzej czy później opublikowana, opóźnienie nie może być bezterminowe⁷⁰. Termin podany przez emitenta powinien odpowiadać chwili, w której według przewidywań emitenta najprędzej ustaną przesłanki stosowania opóźnienia⁷¹.

Aby uczynić zadość celowi regulacji obowiązków informacyjnych, emitent powinien podać informację w jej aktualnym brzmieniu, np. w przypadku opóźnienia informacji dotyczącej rozpoczętych negocjacji oznaczałoby to obowiązek podania, czy zakończyły się one sukcesem. Bowiem tylko w sposób będzie możliwe przetworzenie tej informacji przez rynek i odniesienie jej do wysokości kursu. Ponadto należy przychylić się do poglądu, że opublikowana informacja powinna w swojej treści zawierać informację historyczną⁷². Ma to znaczenie z perspektywy wykonywania nadzoru przez KNF⁷³. Natomiast gdy informacja utraciła poufny charakter, również należy podać przyczynę, z powodu której miało to miejsce⁷⁴.

Wydaje się, że w przypadku, gdy nie upłynął jeszcze termin określony w zgłoszeniu przez emitenta, ale przestały istnieć przesłanki uzasadniające opóźnienie, emitent ma obowiązek niezwłocznego upublicznienia informacji w trybie art. 56 ust. 1 ustawy o ofercie. Przemawia za tym okoliczność, że skoro aksjologicznym podłożem instytucji opóźnienia jest zagrożenie słusznego interesu emitenta, to w przypadku, gdy takie zagrożenie przestaje istnieć, nie istnieją żadne względy, które sankcjonowałyby dalsze opóźnienie w przekazaniu informacji. Podobnie będzie w sytuacji, gdy emitent nie jest w stanie spełnić warunków określonych w art. 57 ust. 2 ustawy o ofercie⁷⁵. Ponadto, emitent może w każdym momencie podjąć decyzję o upublicznieniu danej informacji. Takie zachowanie nie wymaga poinformowania KNF.

Utrata przez informację przymiotu poufności nie znosi obowiązku przekazania jej w takim terminie, w jakim zostało to zakomunikowane KNF lub ewentualnie wcześniej⁷⁶. Poufność informacji ocenia się bowiem *ex ante*, tj. w momencie podjęcia decyzji o nieupublicznianiu danej informacji. Bez znaczenia jest to, czy dana informacja pozostała poufna w momencie wykonywania obowiązku informacyjnego po opóźnieniu, ponieważ art. 57 ust. 3 ustawy o ofercie mówi o „informacji”, a nie o „informacji poufnej”. Oznacza to, że

⁷⁰ A. Romanowska, *op.cit.*, s. 12.

⁷¹ T. Sójka [w:] *Ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów...*, *op.cit.*, s. 351.

⁷² M. Glicz, *Obowiązki...*, *op.cit.*, s. 57.

⁷³ T. Sójka, *Obowiązki...*, *op.cit.*, s. 132.

⁷⁴ T. Sójka [w:] *Ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów...*, *op.cit.*, s. 351.

⁷⁵ M. Rypina, S. Jakszuk [w:] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *op.cit.*, s. 273.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 274.

utrata przymiotu poufności nie ma znaczenia dla istnienia tego obowiązku⁷⁷. Pozwala to ponadto inwestorom na indywidualną ocenę, czy działania emitenta były zasadne⁷⁸ oraz umożliwia KNF zbadanie, czy zastosowanie instytucji opóźnienia było dozwolone⁷⁹.

IX. Podsumowanie

Podsumowując wywody zawarte w niniejszym artykule, trzeba wskazać na następujące kwestie. Po pierwsze, przy interpretacji przesłanek należy mieć na szczególnym względzie kontekst prawa europejskiego, gdyż omawiana instytucja stanowi implementację dyrektywy unijnej. Po drugie, jak pokazała przedstawiona analiza, ich wykładnia nie może być zbyt restryktywna, gdyż prowadziłoby to do unicestwienia celu tej regulacji i uczynienia jej martwym przepisem. Po trzecie, potencjalne naruszenie słusznego interesu emitenta zawsze należy badać *in concreto*, a tworzenie jakichkolwiek zamkniętych katalogów należy uznać za niedopuszczalne. Po czwarte, za wprowadzenie opinii publicznej w błąd należy uznać sytuację, gdy nieprzekazanie danej informacji powoduje utrzymywanie się pewnego stanu wiedzy, ponieważ *de facto* każde opóźnienie publikacji wprowadza w błąd. Po piąte w końcu, co można również potraktować jako postulat w stronę KNF, w każdej sytuacji należy ważyć interesy emitentów i inwestorów; jeżeli interes tych pierwszych choć nieznacznie przeważa, należy dopuścić możliwość stosowania opóźnienia. Transparentność rynku nie jest bowiem dobrem samym w sobie. Co prawda, nie można zapominać o ochronie inwestorów, ale równie istotne jest to, że głównym celem wykształcenia się rynku kapitałowego było umożliwienie emitentom zebrania kapitału. Tak więc interes również tych podmiotów należy mieć na względzie, gdyż ich dobra kondycja przyczynia się do ogólnego rozwoju gospodarczego.

⁷⁷ T. Sójka, *Obowiązki...*, *op.cit.*, s. 131; K. Haładyj, *Ustawa o...*, *op.cit.*, s. 367; *Idem*, *Odpowiedzialność...*, *op.cit.*, s. 204.

⁷⁸ K. Haładyj, *Ustawa o...*, *op.cit.*, s. 366–367.

⁷⁹ A. Chłopecki, *op.cit.*, s. 392.

The Conclusive Comment on the Processing of Personal Data for the Purpose of the Assignment of Receivables

Streszczenie

Od dłuższego już czasu zagadnienie przetwarzania danych osobowych w związku z przelewem wierzytelności przysługującej wobec konsumenta wywołuje duże kontrowersje. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest z jednej strony bardzo duża liczba częściowo sprzecznych ze sobą poglądów doktrynalnych w tym zakresie, z drugiej zaś rozbieżności w orzecznictwie sądów oraz decyzjach GODO. Celem artykułu jest podsumowanie wskazanych poglądów oraz wypracowanie na ich podstawie jednego wzorca należytego postępowania. Omawiane zagadnienie jest szczególnie doniosłe z punktu widzenia usług tzw. e-bankingu, w ramach którego przedsiębiorcy bardzo często posługują się wzorcami umownymi.

Abstract

An issue concerning the processing of personal data with regard to the transfer of receivables from the consumer has created a lot of controversy for a long time. The purpose of this paper is to summarize the existing jurisprudence and doctrine in this area, and to indicate the proper standards of conduct. The Article puts an emphasis on the use of the

¹ PhD student at the Department of Law and Administration, Jagiellonian University in Krakow.

templates for business-to-consumer relations, which is particularly important from the point of view of e-banking.

An issue concerning the processing of personal data with regard to the transfer of receivables from the consumer has created a lot of controversy for a long time. On the one hand, the reason for this state is a great number of doctrinal opinions concerning this domain that partly contradict each other, and, on the other hand, there are discrepancies in court decisions as well as these of the Inspector General for Personal Data Protection (hereinafter referred to as the “GIODO”). The issue is significant to a great extent due to the fact that, in practice, there is a growing number of vindication companies whom the creditor, who usually is an entrepreneur (a professional), transfers the receivables for remuneration, thus the latter taking over the task to vindicate payment from debtor (consumer). However, the transfer of receivables is inseparably bound up with the necessity for making debtors’ personal data available to vindication companies.

Nevertheless, it must be stated at the very beginning that the activity of vindication companies involves not only purchasing receivables but also undertaking actions for getting remuneration back for the benefit of creditors, without them transferring any receivables.

In this case, the legal interrelation between a vindication company and a creditor possesses an order contract character on the basis of Article 734 of the Civil Code². Thus, the creditor commissions a vindication company to perform vindication activities and, at the same time, to transfer to itself debtors’ personal data that are necessary to perform the commission. However, the rights to receivables remain in the hands of the creditor for the whole period of time. Thus, the creditor is the debtors’ data controller who, on the basis of Article 31 of the Act of 31st August 1997 on the Protection of Personal Data³ (hereinafter referred to as the “uodo”) discloses these data to vindication company (hereinafter referred to as the “processor”)⁴. On the basis of the cited regulation the disclosure of such data does not require any consent from debtors, and its processing is admissible to the extent explicitly indicated in an agreement between a creditor and vindication company. Such data must be processed only for the data processing purposes of the creditor, and the creditor cannot let such data be processed to the broader extent. Thus, the legality

² Journal of Laws 1964, No. 16, item 93, with later amendments.

³ Journal of Laws 1997, No. 13, item 883, with later amendments.

⁴ GIODO in one of its opinions confirms the admissibility to entrust vindication company with personal data. See. *Whether it is admissible to transfer debtor’s personal data to vindication companies on the basis of regulations stipulated in the Act on the protection of personal data?* Source: www.giodo.gov.pl.

of this action will depend on the creditor, who is the data controller. An agreement with a vindication company fully determines the purpose of thereof in processing debtors' data. Hence, all other activities performed in respect to such data are to be considered as unlawful. The above remarks are also valid whenever a vindication company acts as a plenipotentiary appointed on the basis of Article 95 of the Civil Code.

The above situation will be presented differently: when receivables were transferred to the vindication company. In such a case, it is the vindication company that becomes the creditor, and the hitherto creditor loses this status at the moment of the assignment. In accordance with Article 7, point 4 of the uodo, the data controller shall be a party that determines the purpose and means of the processing of personal data. However, once the assignment of receivables has been performed, the vindication company will solely determine the purposes of using the debtors' data – therefore becoming the controller. For example, on the basis of Article 23, paragraph 1, point 5 in accordance with paragraph 4, a vindication company may, without debtors' consent, send to them commercial information concerning its activity by means of traditional channels. When taking the assignment under consideration, entrusting debtor's data processing to a party becomes necessary, since, by doing so, the party becomes only a Processor and cannot determine the purpose of the processing of personal data at its own discretion. However, there is no precise definition of making data available either in the uodo regulations, or in other legal files. This activity was mentioned only in Article 7 of the Act in question as an example of an action performed on personal data and was categorized as the processing of thereof. But, an idea that the act of making data available takes place whenever such data is transferred to a data recipient acting as the controller of thereof, permeates the literature concerning this subject matter⁵. Thus, if a recipient takes data into possession becoming its controller, then this is the event when the data is made available⁶. In contrast to the institution of the above-mentioned data entrusting, making data available was not a subject of any specific rules concerning data processing determined in the uodo and, as such, comes under general rules, including those stated in Article 23 of the cited Act. Thus, making data available shall be admissible, in particular, in the situation when a debtor gives his/her consent to do so (or the agreement with the debtor will require it); when this is essential

⁵ P. Litwiński, 'Udostępnianie danych osobowych na potrzeby postępowań cywilnych' (Personal data disclosure for the purpose of conducting civil proceedings), *ICT Law Review* 2013, no 1, p. 26. On the disclosure of personal data, see: M. Sakowska-Baryła, 'Udostępnianie danych osobowych na gruncie ustawy o ochronie danych osobowych' [in:] *Ochrona danych osobowych w Polsce z perspektywy dziesięciolecia*, P. Fajgielski (edit.), Lublin 2008, p. 103–126.

⁶ A. Mednis, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warsaw 2001, p. 28.

to exercise the right or obligation caused by a legal regulation; or when this is necessary for the completion of a justified goal of a data controller⁷.

However, it is unavoidable to indicate that, on the basis of Article 509 of the Civil Code, the transfer of receivables can be performed by a creditor without a debtor giving his/her consent. The debtor's consent is not needed to the sealing the contract of assignment unless a possibility of the transfer of such receivables to a third party was excluded⁸ in the agreement between the debtor and the creditor. Hence, the transfer of data should be simply allowed on the basis of Article 23, paragraph 1, point 3 as essential for the creditor to exercise his/her right coming from the Article 509 of the Civil Code previously cited. Taking into account the subject of this paper, special attention must be given to Article 3853§1 of the Civil Code, in the light of which, offering a consumer a resolution that allows "the consumer's contracting party to transfer rights and obligations arising from the agreement without a consent being given by the consumer" is prohibited when using templates (contractual patterns). This issue is significant to a large extent due to the continuous development of new technologies, which more often involve the use of such templates when addressing consumers, e.g. e-banking.

The GIODO, in his first decision about assessing the admissibility to make data available in accordance with assignment of receivables, recognized that, due to the wording of the cited Article 3853 of the Civil Code, such transfer of receivables is unacceptable unless an explicit consent was obtained from the consumer⁹. Furthermore, GIODO pointed out that such an assignment without consent from the consumer meets all general conditions of an unlawful covenant. As a matter of fact, this decision was upheld by the Provincial Administrative Court (PAC). However, as far as this subject matter is concerned, in literature an entirely opposite view is supported. It is stated there that the regulation of Article 3853 of the Civil Code points out that an unlawful covenant is the one that allows the consumer's contractor to transfer rights and obligations arising from the contract without a consent from the consumer, but does not apply to the cases where there is no such resolution made in the contract¹⁰. Even if a clause regarding the transfer of receivables is included in the contract with a consumer, it could not be judged as defective in the light of Article 3853, point 5 of the Civil Code. Additionally, it must be brought to attention that the civil law, in

⁷ It is difficult, however, to visualize that a disclosure of data could be justified by a task performance for the public interest described in Article 23, paragraph 1, point 4 of the uodo, when it comes to the assignment of receivables.

⁸ A. Ohanowicz, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warsaw 1965, p. 236.

⁹ Decision of GIODO of 13th February 2004, mark: GI-DEC-DS36/04.

¹⁰ M. Rogalski, 'Glosa do wyroku SN z dnia 6 czerwca 2005r. Cesja wierzytelności konsumenckich', Lex 2012.

principle, recognizes a debt takeover admissible under the condition that both the debtor and the creditor give their consent to it. The cited Article 3853, point 5 does not impede the takeover of a debt; it may lead to the situation that the debt takeover might be connected with a covenantal assignment of receivables¹¹. Such a situation concerns the Article 3853, point 5 of the Civil Code. In case of consumer's contract, the consumer – as the creditor – would have to give his/her consent by virtue of Article 519 of the Civil Code. Differently, on the side of his/her debtor (the entrepreneur), if the contract concluded with the consumer foresees that he/she gives his/her consent in advance, the court would be obliged to judge it unlawful¹². Thus, on the basis of the regulations in force, there is no reason to deem that the assignment of a consumer's receivables is unlawful. In that situation the obligation-based relation between the consumer and the seller of receivables is divided into two other relations, i.e. the consumer becomes the cessionary's debtor and, at the same time, holds the right to claim receivables from the assignor (until the – a creditor)¹³. It has been also highlighted throughout literature that from the substance of the misleading clauses listed in Article 3853, point 5 of the Civil Code, a conclusion can be drawn "that they cannot modify general rules governing civil law, e.g. the rule to transfer receivables"¹⁴.

The stance that, in accordance with the view expressed hereinbefore, Article 3853, point 5 of the Civil Code, does not coerce the creditor into obtaining the consent to transfer consumer's receivables, forces us to consider a principle that concedes the disclosure of debtor's personal data to the purchaser of receivables.

Since Article 3853, point 5 of the Civil Code does not impede the consumer's receivables assignment without the creditor's consent being granted, so the legal basis for such an assignment is the above-mentioned Article 519 of the Civil Code. In that case, Article 23, paragraph 1, point 2 of the uodo is the basis for data disclosure, i.e. if the data transfer is necessary to exercise the right arising from provisions of law. Indeed, it has been pointed out in the literature covering the subject that a regulation should explicitly give right to the disclosure of such data. In the already mentioned Article 519, there is no such allowance, but this is only restricted to public administration bodies¹⁵. Only they are forced to act strictly in accordance with specified bounds of law (Article 6 of the Code of Administrative Procedure).

¹¹ J. Mojak, *Komentarz do art. 519 k.c. [in:] Kodeks cywilny. Zobowiązania*, t. I. Komentarz, K. Pietrzykowski (edit.), Warsaw 2003, p. 1100.

¹² A. Młynarska-Sobaczewska, M. Sakowska, 'Przetwarzanie danych osobowych a przelew wierzytelności', *Państwo i Prawo* 2005, no 11, p. 37.

¹³ *Ibidem*, p. 38.

¹⁴ P. Sobolewski, 'Glosa do wyroku NSA z dnia 6 czerwca 2005 r.', *Lex* 2012, No. 53324.

¹⁵ P. Litwiński, 'Przelew wierzytelności konsumenckiej a udostępnienie danych osobowych konsumenta', *Glosa* 2005, no 15, p. 19.

When it comes to other institutions, it is sufficient if data disclosure was obligatory to exercise the right arising from the provisions of law. J. Barta, R. Markiewicz and P. Fajgielski share the same opinion in one of their publications. The authors notice that, when using the described premise, it must be always assessed if the processing of data is essential to exercise the right or meet the obligation arising from the provisions of law. In other words, it must be established if it is possible to exercise the right or meet the obligation without the processing of data. If it is possible to give a positive answer to the question about the indispensability of the data processing, then the processing, in accordance with the regulation commented on, must be declared admissible¹⁶.

Article 23, paragraph 1, point 5 of the uodo, which allows the processing of personal data where it is substantiated by the data controller's justified interest, is an alternative legal basis to the aforementioned regulation. The Supreme Administrative Court (SAC) decided that "establishing if the data controller acts in a legitimate manner cannot determine that this data shall be disclosed to other party without a consent from the person involved in such an action. It is, therefore, vital to assess if this is necessary for the safeguarding the interests, and, first of all, balance the interest of the data controller and the person who concerned by doing so, simultaneously bearing in mind the purpose of the Act on the Protection of Personal Data, which is the protection of privacy"¹⁷. Thus, the mentioned principle can be applied only in the case where the transfer of data becomes indispensable for accomplishing the goal. Since, in the case discussed, there is always a conflict of interests between the data subject and the processor, whereas interests of both parties must be assessed. In the situation when a consumer evades paying and from the entrepreneur's perspective it is the only and the best option for him/her to sell receivables, so that the purchaser claimed the receivables as a result, then the entrepreneur cannot be deprived of the right to sell such receivables¹⁸. As it is aptly indicated in appropriate literature, the cited premise cannot, in contrast to Article 23, paragraph 1, point 2 of the uodo, constitute the sole premise of disclosing data for the sake of the assignment of receivables. Therefore, if a particular provision of law did not allow such a possibility, then the debtor would be entitled to exercise the right to object to the processing of his/her personal data on the basis of the interest legitimate clause and that would make the act of transfer ineffective¹⁹. However, it seems that this problem is unnoticed by courts that acknowledge that the fundamental premise for the processing of debtors' data for the

¹⁶ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, 'Ochrona danych osobowych. Komentarz', *Lex* 2011, No. 106659.

¹⁷ Judgement of SAC of 6th June 2005, I OPS 2/05, ONSA i WSA 2006, No. 2, item 38.

¹⁸ M. Rogalski, *op.cit.*

¹⁹ X. Konatrski, G. Sibiga, 'Nierozzerwalny związek', *Rzeczpospolita* 3206/2004, and also P. Litwiński, *op.cit.*

assignment of receivables is the data controller's legitimate interest. In the judgement of 30th November 2004²⁰ PAC concurred with the opinion that the premise of a legitimate interest (Article 23, paragraph 1, point 5 of the uodo) may justify the processing of debtors' personal data – they being consumers for the purposes of the assignment of receivables. However, the SAC's judgement of 6th June 2005 cited previously must be regarded as the conclusive opinion in this debate. In its judgement SAC explicitly indicated that the assignment of consumer's receivables as well as disclosing debtor's personal data to their purchaser can be done without debtor's consent, but the grounds for such action may only be the data controller's legitimate interest. One must also keep in mind that in all presented adjudications administrative courts reversed decisions made by GIODO that had been appealed against, and did not concur with its statements that excluded consumer's assignment of receivables without the consumer's explicit consent.

To sum the above dissertation up, it must be indicated that, on the basis of both the doctrine and opinions of the judiciary, the assignment of consumer's receivables and the disclosure of the consumer's personal data connected with the former have to be recognized as admissible without the consumer's consent. The only problematic issue is the legal basis that allows the disclosure of the debtor's personal data. Following the ruling of courts in this matter, GIODO consistently refuses to consider the complaining consumers' applications, who contest the legality of disclosing their data for the purposes of receivables assignment, and also claim that this is admissible on the basis of the data controller's legitimate interest²¹. After some deliberations, however, it fails to acknowledge the problem of admissibility that was appeal against, as indicated hereinbefore. Without any doubt one must agree with A. Młynarska-Sobczewska and M. Sakowska that "the legislator himself did not sufficiently specify the criteria that allow to distinguish between the two premises of the admissibility to process personal data that undergo scrutiny, and that provokes a possibility to misinterpret it, and, in consequence, creates differences in practice"²².

To conclude, it is worth stressing that the inseparable connection of the presented deliberations and the term of a consumer as such arose only due to the introduction of the described Article 3853, point 5 into the Civil Code. If such a regulation did not exist, there would be no need to refer to the term of a consumer, because it is personal data of every data subject, and not the consumer, that is protected under the uodo regulations.

²⁰ Judgement of PAC of 30th November 2004, II SA/WA 1057/04, *LEX* 2012, No. 236506.

²¹ See. Decision of GIODO of 15th December 2011, DOLIS/DEC-1056/11 DOT.

²² A. Młynarska-Sobaczewska, M. Sakowska, 'Glosa do wyroku NSA z dnia 6 czerwca 2005 r.', *Lex* 2012, No. 54134.

Charakter prawny rozporządzania opróżnionym miejszem hipotecznym

Summary

After 18 months of *vacatio legis* (lasting from 20th February 2011), the bill on land and permanent mortgage entries and also on other regulations was enacted on 26th June 2009. This change resulted in introducing new regulations, which considerably changed the previous model of mortgage succession.

The answer to the demands reported by the followers of the doctrine and the constant changes within the current market economy was the introduction of the permanent mortgage entries to the Polish legal system.

The normative qualification of the disposal of an emptied mortgage place is highly questionable. One could distinguish two variants of interpretation in this regard. What therefore needs to be considered is the question whether the possibility of a disposal should be understood as a separate substantive right or rather as an entitlement being the element of ownership. The settlement of this issue is of great importance not only from a theoretical point of view but also from a practical one and, therefore, requires a more thorough analysis.

¹ Doktorantka w Katedrze Prawa Rolnego na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie, III rok, aplikantka radcowska w OIRP w Krakowie.

Abstract

Po osiemnastomiesięcznym, trwającym od 20 lutego 2011 r. *vacatio legi*, dnia 26 czerwca 2009 r. weszła w życie ustawa o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw; zaczęły obowiązywać przepisy, które istotnie przeobraziły dotychczasowy model sukcesji hipotecznej.

Odpowiedzią na postulaty zgłaszane przez przedstawicieli doktryny oraz nieustannie dokonujące się zmiany w obrębie współczesnej gospodarki rynkowej było wprowadzenie do polskiego systemu prawnego rozwiązania w postaci systemu stałych miejsc hipotecznych.

Liczne wątpliwości budzi kwalifikacja normatywna rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym; możliwe są dwa warianty interpretacyjne: pojmowanie możliwości rozporządzania jako odrębnego prawa podmiotowe albo jako uprawnienia wchodzącego w skład prawa własności. Rozstrzygnięcie tej kwestii ma doniosłe znaczenie nie tylko teoretyczne, ale i praktyczne i dlatego wymaga pogłębionej analizy.

I. Wstęp

Po osiemnastomiesięcznym, trwającym od 20 lutego 2011 r. *vacatio legi*, dnia 26 czerwca 2009 r. weszła w życie ustawa o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw; zaczęły obowiązywać przepisy, które istotnie przeobraziły dotychczasowy model sukcesji hipotecznej.

Wyrażona w art. 12 u.k.w.h. zasada pierwszeństwa ograniczonych praw rzeczowych ujawnionych w księdze wieczystej rozstrzyga kolizję między tymi prawami w sytuacji, w której wykonywanie jednego z tych praw będzie niemożliwe bez uszczerbku dla pozostałych obciążeń. Przyjmuje się, że z art. 12 u.k.w.h. pośrednio wynika tzw. zasada posuwania się hipotek naprzód, zgodnie z którą w razie wygaśnięcia hipoteki z wyższym pierwszeństwem prawa zastawnicze z pierwszeństwem dalszym *ipso iure* „posuwają się w górę”, tzn. zyskują możliwość szybszego zaspokojenia. Rozwiązanie to było ostro krytykowane w piśmiennictwie prawniczym jako nieefektywny w obecnych realiach społeczno-gospodarczych relikw ustroju socjalistycznego. Odpowiedzią na zgłaszane przez przedstawicieli doktryny postulaty oraz nieustannie dokonujące się zmiany w obrębie współczesnej gospodarki rynkowej było wprowadzenie do polskiego systemu prawnego rozwiązania w postaci systemu stałych miejsc hipotecznych.

Trzeba zauważyć, że nowo przyjęte rozwiązanie jest w dużym stopniu wzorowane na podobnej koncepcji przewidzianej w projekcie prawa rzeczowego z 1937 r. i 1939 r. oraz projekcie zmiany przepisów o księgach wieczystych i hipotece z 2000 r. Należy nadmienić,

że rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym jest instytucją oryginalną, choć podobne rozwiązania znane są też niektórym innym systemom prawnym; są to: szwajcarskie „puste miejsca zastawne”, austriackie prawo rozporządzania hipoteką materialnie wygasłą, czy też niemieckie rozwiązanie w postaci właścicielskich praw zastawniczych. Innowacyjność polskich rozwiązań sprawia, że bardzo aktualna staje się potrzeba analizy postanowień zawartych w art. 101¹–101¹¹ obecnie obowiązującej ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

Liczne wątpliwości budzi charakter prawny rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym – możliwe są dwa warianty interpretacyjne. Należy zatem rozważyć, czy możliwość rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym powinna być pojmowana jako odrębne prawo podmiotowe, czy jako uprawnienie wchodzące w skład prawa własności. Rozstrzygnięcie tej kwestii jest ważne zarówno ze względów teoretycznych, jak i praktycznych, dlatego też wymaga pogłębionej analizy.

II. Prawo podmiotowe a uprawnienie – ogólna charakterystyka

Odpowiedź na powyższe pytania trzeba poprzedzić kilkoma uwagami na temat istoty prawa podmiotowego oraz uprawnienia. Rozgraniczenie tych dwóch pojęć jest niełatwym zadaniem. W doktrynie pojawiają się odmienne stanowiska: to, co dla niektórych jest prawem podmiotowym, dla innych jest zaledwie uprawnieniem lub rodzajem uprawnienia.

Niewątpliwie prawo podmiotowe jest centralną kategorią stanowiącą fundament poszczególnych instytucji cywilnoprawnych², stąd też doktryna od dawna zajmuje się określeniem jej charakteru. Pojawiło się wiele teorii próbujących wyjaśnić istotę prawa podmiotowego³. Rozpiętość głoszonych poglądów jest ogromna: prawo podmiotowe jest przyrodzone człowiekowi, łączy w sobie elementy woli i interesu, wynika z prawa w znaczeniu przedmiotowym, wreszcie neguje się jego istnienie⁴. Ideologie prawnonaturalne uznają priorytet praw podmiotowych nad prawem stanowionym, podczas gdy nurt pozytywistyczny przyjmuje, że prawo podmiotowe jest pochodne od systemu norm stanowionych przez kompetentne władze.

² Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 125.

³ Zob. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, M. Safjan (red.), t. 1, Warszawa 2007, s. 704; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009, s. 675–687.

⁴ Zob. K. Opałek, *Prawo podmiotowe*, Warszawa 1957, s. 414. Autor zaleca wykluczenie terminu „prawo podmiotowe” i posługiwanie się pojęciem „uprawnienie”.

Aleksander Wolter twierdzi, że kategoria praw podmiotowych jest nadrzędna w stosunku do uprawnień⁵. Jego zdaniem na prawo podmiotowe składa się jedno lub więcej powiązanych ze sobą funkcjonalnie uprawnień⁶. Z kolei całokształt uprawnień wchodzących w skład danego prawa podmiotowego umożliwia wyodrębnienie różnych typów stosunków cywilnoprawnych. Wolter przedstawia to na przykładzie obciążenia nieruchomości prawem użytkowania na rzecz osoby trzeciej. Właściciel takiej nieruchomości zostaje pozbawiony uprawnień do korzystania z rzeczy, ale nie traci swojego prawa podmiotowego, jakim jest prawo własności⁷. Autor wskazuje, że klasyfikacja dokonana w odniesieniu do normatywnych postaci praw podmiotowych odnosi się także do uprawnień. Kryterium dokonanej klasyfikacji na prawa podmiotowe bezpośrednie, roszczenia i prawa kształtujące jest „sfera możliwości postępowania” uprawnionego⁸.

Nieco inaczej relację pomiędzy prawem podmiotowym a uprawnieniem ujmuje Stefan Grzybowski. Autor postrzega prawo podmiotowe jako przyznaną przez normę prawną na rzecz podmiotu stosunku prawnego sferę prawnej możliwości postępowania w sposób określony w tej normie, tym samym zgodnie z treścią tego prawa⁹. Prawo podmiotowe nie jest jednak sumą poszczególnych uprawnień, a pojęciem ogólnym, kategorią nadrzędną względem poszczególnych uprawnień¹⁰. Zdaniem autora uprawnienie jest obok obowiązków elementem treści stosunku prawnego. Obrazuje to przykładem: z prawa własności płynie uprawnienie do pobierania pożytków i innych dochodów z rzeczy oraz rozporządzanie nią. Uprawnieniom tym odpowiadają jednakże obowiązki ciążące na innych osobach, tzn. obowiązek wstrzymania się od pobierania pożytków. W obrębie uprawnień Grzybowski wyróżnia roszczenia i zarzuty.

Tematyka związana z prawem podmiotowym została poruszona także w podręczniku: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej* autorstwa Aleksandra Woltera, Jerzego Ignatowicza i Krzysztofa Stefaniuka¹¹. Prawo podmiotowe postrzegane jest przez autorów jako „możliwość postępowania w określony sposób (...) chociażby żadne działanie – będące realizacją jego treści – nie zostało podjęte”¹². W granicach wynikających z prawa podmiotowe-

⁵ Zob. A. Wolter, *Prawo cywilne – zarys części ogólnej*, Warszawa 1968, s. 105.

⁶ Por. A. Ochanowicz, „Państwo i Prawo” 1963, nr 7, s. 134–135. Autor w recenzji do podręcznika *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1963 nie zgadza się z zastosowanym przez Aleksandra Woltera rozróżnieniem prawa podmiotowego od uprawnienia.

⁷ *Ibidem*, s. 106. Także A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *op.cit.*, s. 126.

⁸ *Ibidem*, s. 110–113.

⁹ Zob. S. Grzybowski, *Prawo cywilne zarys części ogólnej*, Warszawa 1974, s. 96–97.

¹⁰ *Ibidem*, s. 97.

¹¹ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *op.cit.*, s. 129–132.

¹² *Ibidem*, Zawarte w publikacji poglądy rozwijają stanowisko przedstawione przez Aleksandra Woltera.

go uprawniony może podejmować wszelkie działania. Źródłem tego prawa jest norma prawna, która określa oraz zabezpiecza ramy „sfery możliwości postępowania”. Podmiot ma możliwość skorzystania z pomocy aparatu państwowego w sytuacji niewykonywania obowiązków skorelowanych z prawem podmiotowym. Należy podkreślić, że potrzeba państwowej ochrony zachodzi w momencie zagrożenia lub naruszenia prawa podmiotowego. Prawo podmiotowe wynika ze stosunku prawnego, przy czym każdemu prawu odpowiadają skorelowane z nim obowiązki innej osoby lub osób. Obowiązki te polegają na nienaruszaniu sfery możliwości postępowania podmiotu, któremu przysługuje określone prawo podmiotowe. Z takiego rozumienia tego prawa wynika, że na jego treść składa się nie tylko to, co może czynić uprawniony, ale i obowiązki innych osób. Uprawnienie, zdaniem autorów, jest wycinkiem treści prawa podmiotowego.

Inną koncepcję przyjmuje Zbigniew Radwański. Wskazuje on na dwa bazowe elementy stosunku cywilnoprawnego: prawo podmiotowe i odpowiadający mu (korelatywnie z nim sprzężony) obowiązek¹³. Rozróżnia również prawo podmiotowe od uprawnienia. Charakteryzuje prawo podmiotowe przez stwierdzenie, że jest to

pewna sytuacja prawna wyznaczona podmiotom przez obowiązujące normy prawne i chroniąca prawnie uznane interesy tych podmiotów. Na sytuację tę składają się wolne – w aspekcie normatywnym – zachowania psychofizyczne lub konwencjonalne podmiotu uprawnionego, z którymi sprzężone są zawsze obowiązki innego podmiotu lub innych podmiotów, przy czym z reguły (to znaczy, gdy norma prawna tego nie wyłącza) uprawnionemu przysługuje również kompetencja do żądania, by organ państwa dysponujący przymusem doprowadził do zrealizowania sprzężonych z prawem podmiotowym obowiązków¹⁴.

Natomiast uprawnienie postrzegane jest przez autora jako element prawa podmiotowego, bliżej oznaczone zachowanie objęte prawem podmiotowym¹⁵. Same uprawnienia dzieli z kolei na: roszczenia, uprawnienia kształtujące i zarzuty. Jego zdaniem istotą roszczeń jest to, że indywidualnie oznaczona osoba ma obowiązek wykonać świadczenie na rzecz uprawnionego, a uprawniony z kolei ma prawo żądać, aby dana osoba zachowała się względem niego w określony sposób¹⁶. Uprawnienia kształtujące charakteryzuje z kolei to, że podmiotowi uprawnionemu przysługuje kompetencja do zmiany lub zakończenia istniejącego stosunku prawnego przez jednostronną czynność prawną bez

¹³ Zob. Z. Radwański, *op.cit.*, s. 86.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, s. 89.

¹⁶ *Ibidem*, s. 90.

udziału drugiej strony¹⁷. Wreszcie przez zarzut w prawie cywilnym Radwański rozumie swoiste uprawnienie polegające na odmowie spełnienia roszczenia, które służy ochronie interesów tej osoby, przeciwko której roszczenie się kieruje¹⁸. Podkreśla także, że klasyfikacja zastosowana do praw podmiotowych nie znajduje odpowiedniego zastosowania do uprawnień.

To krótkie i niewyczerpujące zestawienie pozwala stwierdzić, że wszyscy wyżej wymienieni autorzy są jednomyślni co do traktowania prawa podmiotowego jako wiązki uprawnień. Uprawnienia są niejako tworzywem, z którego ustawodawca kształtuje prawa podmiotowe¹⁹. Pojawiają się jednak pewne rozbieżności. Radwański w przeciwieństwie do Woltera nie odnosi klasyfikacji praw podmiotowych do uprawnień. Dzięki temu unika nakładania się tych samych kategorii w różnych podziałach, co mogłoby prowadzić do spłaszczania pojęć. Grzybowski natomiast uważał, że na treść stosunku prawnego składają się uprawnienia i obowiązki, a Radwański z kolei za elementy stosunku cywilnoprawnego przyjmuje prawo podmiotowe i obowiązki.

Przechodząc do klasyfikacji praw podmiotowych występujących w prawie polskim, należy zauważyć, że doktryna nie wypracowała jednolitego stanowiska. Na potrzeby omawianego zagadnienia zasadne wydaje się zawężenie pola rozważań do prawa własności jako podstawowego i najszerszego majątkowego prawa podmiotowego. Prawo własności zostało zdefiniowane w art. 140 k.c. Analizując przywołaną definicję, można wyróżnić stronę pozytywną i negatywną własności. Na stronę pozytywną będzie składała się triada uprawnień właściciela: *ius possidendi*, *ius utendi et fruendi*, *ius abutendi*. Z kolei do strony negatywnej należy obowiązek innych podmiotów polegający na nieingerowaniu w sferę uprawnień właściciela (*non facere*). Zasadniczy trzon prawa własności stanowi uprawnienie do korzystania oraz rozporządzania rzeczą²⁰. Wśród uprawnień do korzystania z rzeczy należy wyróżnić uprawnienie do: posiadania (*ius possidendi*), używania (*ius utendi*), pobierania pożytków i innych przychodów (*ius fruendi*) oraz dyspozycji faktycznej rzeczą (*ius abutendi*)²¹. Natomiast w obrębie uprawnienia do rozporządzania rzeczą należy wyróżnić uprawnienie do wyzbycia się własności oraz obciążania rzeczy. Uprawnienie do obciążania rzeczy *sensu stricte* oznacza tylko samo uprawnienie do obciążania rzeczy, natomiast *sensu largo* także podejmowanie czynności o skutkach obligacyjnych, takich jak najem czy dzierżawa²².

¹⁷ *Ibidem*, s. 90–91.

¹⁸ *Ibidem*, s. 91.

¹⁹ Zob. M. Pyziak-Szafnicka, *op.cit.*, s. 704; Z. Radwański, *op.cit.*, s. 85.

²⁰ Zob. J. Ignatowicz [w:] J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 66.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, s. 67.

W praktyce zdarza się, że pojęcia „prawo podmiotowe” i „uprawnienie” bywają używane zamiennie. Jest to zapewne skutek występowania w doktrynie różnorodnych postulatów i niejednorodnych teorii odnoszących się do ich znaczenia. Brak precyzyjnego określenia przedmiotu sporu powoduje, że objaśnienie pojęć budzi kontrowersje, a użyteczność ich samych w przypadku analizy stosunków cywilnoprawnych bywa kwestionowana²³. Trzeba zauważyć, że prawo podmiotowe nie jest jedynie domeną prawa cywilnego. Jest obecne na gruncie każdej dziedziny prawa, zarówno prawa prywatnego, jak i publicznego. Pomimo powszechnego posługiwania się kategorią prawa podmiotowego i uniwersalnego znaczenia w obrębie całego systemu prawa, nie wykształciła się definicja tego pojęcia. Na tym tle warto postawić pytanie, czy możliwe jest stworzenie ogólnie akceptowanej definicji, która mogłaby służyć poszczególnym gałęziom prawa. Próbę teoretycznoprawnej analizy pojęć podjęła Sławomira Wronkowska w pracy zatytułowanej *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*. Na wstępie rozważań autorka wysuwa tezę, że powodem sporów o pojęcie prawa podmiotowego jest to, że cywiliści niejednokrotnie wykazują niekonsekwencję przy określaniu elementów prawa podmiotowego. Wronkowska uważa, że pojęcie „prawo podmiotowe” powinno być używane „dla oznaczenia różnie pojmowanych na ogół jednak nader złożonych sytuacji prawnych jakiś podmiotów”²⁴. Natomiast samo prawo podmiotowe to „jakaś sytuacja prawna wyznaczona określonym podmiotom przez obowiązujące normy prawne”²⁵. Autorka dostrzega relację występującą między sytuacją podmiotów a obowiązującymi normami prawnymi, którą nazywa „zależnością prawa podmiotowego od prawa przedmiotowego”. Prawo podmiotowe jest określane jako uprawnienie lub zespół uprawnień połączonych z roszczeniem w sensie procesowym. Jeżeli podmiotowi A przysługuje uprawnienie, to znaczy, że ma on kompetencję do dokonania czynności konwencjonalnych, które aktualizują działanie sądów lub innych organów względem podmiotów nie-A. Reasumując, chodzi o sytuacje, w których uprawnienie przysługujące podmiotowi A generuje obowiązek realizacji zachowania Z przez podmiot B na rzecz podmiotu A oraz gdy podmiot nie-A ma obowiązek powstrzymania się od zachowań ingerujących w zachowanie Z. Prawo podmiotowe bywa także rozumiane jako „możność działania”, czyli kompetencja określonych podmiotów do dokonania pewnych czynności konwencjonalnych. Kompetencje mogą być dwójakiego rodzaju: kompetencje o charakterze roszczenia procesowego oraz kompetencje podmiotu A do dokonania innych czynności konwencjonalnych niż roszczenie.

²³ *Ibidem*.

²⁴ S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 50.

²⁵ *Ibidem*, s. 56.

Podsumowując, należy zwrócić uwagę na swoisty aparat pojęciowy stosowany przez autorkę. Wydaje się, że – pomimo słusznego wyróżnienia elementów prawa podmiotowego – ciężko jest przenieść bezpośrednio na grunt prawa cywilnego terminologię, jaką posługują się teoretycy prawa. Niektóre pojęcia, jak np. „kompetencja”, bywają pojmowane zbyt szeroko. Z kolei rozumienie roszczenia tylko w sensie procesowym, z pominięciem aspektu materialnoprawnego, jest zbyt wąskie. Niewątpliwie roszczenie procesowe i materialnoprawne to kategorie pojęciowo odmienne.

III. Rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym jako uprawnienie

W kontekście wyżej przywołanych poglądów należy podjąć próbę odpowiedzi na następujące pytanie: czy rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym jest prawem podmiotowym, czy uprawnieniem?

Regulacje zawarte w ustawie nie rozstrzygają tej kwestii wprost. W tytule oddziału 5 zawarte jest określenie „Rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym”. Podobną terminologię odnajdziemy w projekcie z 1939 r., na którym wzorowano postanowienia obecnie obowiązujących przepisów. Natomiast rozdział VII projektu z 1937 r. oraz rozdział 5 projektu z 2000 r. brzmi „Prawo rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym i hipoteka właściciela”. W postanowieniach projektu z 1939 r. formuła „prawo rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym” zastąpiona jest opisem kompetencji²⁶ lub określeniem „uprawnienie”²⁷. Podobnie kwestia ta przedstawia się w obecnie obowiązującym tekście ustawy²⁸. Można zatem wnioskować, że literalne brzmienie tytułów rozdziałów oraz użyta terminologia przemawia za przyjęciem drugiego ujęcia²⁹.

W tym kontekście rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym należałoby uznać za uprawnienie, które wraz z innymi uprawnieniami składa się na prawo własności.

²⁶ Zob. art. 225, 226, 234.

²⁷ Zob. art., 228, 230, 231, 232, 236, 241.

²⁸ Zob. art. 101¹, 101⁴, 101⁵, 101⁶.

²⁹ Na takim stanowisku staje również Bartłomiej Swaczyna w książce: *Hipoteka po nowelizacji. Komentarz*, J. Pisuliński (red.), Warszawa 2011, s. 445. Również uwagi poczynione przez Swaczynę w odniesieniu do projektu z 1937, 1939 i 2000 r. w artykule *Rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym i hipoteka właściciela (uwagi na tle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, nr 1, s. 217–219. są aktualne w odniesieniu do obecnie obowiązującej regulacji prawnej. Zapatrywania te podziela T. Czech w artykule *Wykonywanie uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 20, s. 1104.

Równocześnie należy przyjąć, że wchodzi ono w skład szerszego uprawnienia właściciela, będącego trzonem prawa własności – rozporządzania nieruchomością (*ius disponendi*)³⁰.

Poprzestanie jedynie na analizie opierającej się na wykładni językowej wydaje się być niewystarczające. Zasadne wydaje się zatem prześledzenie i porównanie skutków wynikających z przyjęcia każdego z dwóch możliwych stanowisk.

W pierwszej kolejności należy poddać analizie sytuację, kiedy właścicielowi przysługuje podmiotowe prawo rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym. Następstwem takiego założenia jest możliwość zajęcia tego prawa w ramach zabezpieczenia roszczenia pieniężnego przysługującego wierzycielowi właściciela nieruchomości na mocy art. 747 pkt 1 k.p.c. Natomiast połączenie tego sposobu zabezpieczenia z obciążeniem nieruchomości dłużnika hipoteką przymusową zgodnie z art. 747 pkt 2 k.p.c. umożliwiałoby wpisanie hipoteki przymusowej.

Jeżeli z kolei przyjmie się, że rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym jest uprawnieniem wchodzącym w skład przysługującego właścicielowi prawa własności, to zabezpieczenie roszczenia pieniężnego będzie niedopuszczalne. Na rzecz tej koncepcji przemawia regulacja zawarta w art. 1016, który stanowi: „Uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym nie podlega zajęciu. Ustanowienie hipoteki przymusowej na opróżnionym miejscu nie jest dopuszczalne”. Przywołany art. 1016 u.k.w.h. stanowi konsekwencję ukształtowania rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym nie jako samodzielnego prawa podmiotowego, ale uprawnienia wchodzącego w skład prawa własności.

Zagadnienie to zostało jednoznacznie rozstrzygnięte także w projekcie z 1939 r.³¹. Na uwagę zasługuje również stanowisko sądu wyrażone w orzeczeniu SN z dnia 14 grudnia 1932 r. na tle § 469 k.c.a. W uzasadnieniu sąd wskazuje, że

prawo rozporządzania zagasłą hipoteką podług § 469 u.c. polega na uprawnieniu właściciela nieruchomości do przeniesienia prawa zastawu na nową wierzytelność. (...) Prawo to wynika z prawa własności, przeto nie może być przedmiotem samoistnej egzekucji³².

W przywołanym wyroku sąd nie zezwala na zajęcie uprawnienia do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym w celu zabezpieczenia roszczenia pieniężnego.

Przejawem takiego ujęcia jest także sposób sformułowania regulacji zawartej w art. 101⁵ u.k.w.h. W omawianym przepisie zwraca na siebie uwagę użycie określenia „uprawnienie”, ale warto też zastanowić się nad znaczeniem tego unormowania w kontekście

³⁰ Zob. T. Czech, *op.cit.*, s. 1104.

³¹ Zob. art. 231 projektu z 1939 r.

³² SN z 14.12.1932 r.; NPał 4/1934, s. 176–177.

przyjętego stanowiska. Niezaprzeczalnie, samo uprawnienie stanowiące element prawa podmiotowego nie może być przedmiotem obrotu, niezależnie od tego prawa.

Przywołany przepis stanowi, że uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym przysługuje każdorazowemu właścicielowi nieruchomości. Należy wnioskować, że skoro rozporządzanie uprawnionym miejscem hipotecznym przysługuje każdorazowemu właścicielowi nieruchomości, to nie może być przedmiotem obrotu niezależnie od prawa własności. Przemawia to za tezą, że jest to uprawnienie, a nie prawo podmiotowe.

W kontekście omawianej problematyki nie sposób pominąć znaczenia wykładni funkcjonalnej. Owa wykładnia zwraca uwagę na takie rozumienie zwrotów zawartych w przepisach, które pozwala osiągnąć cele będące *ratio legis* wprowadzenia danej instytucji do systemu prawnego³³. Celem wprowadzenia instytucji rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym jest zabezpieczenie słusznych interesów właściciela nieruchomości z poszanowaniem uprawnień osób, którym przysługują prawa o niższym pierwszeństwie. Ustanowienie hipoteki przymusowej na opróżnionym miejscu hipotecznym bez wątpienia stoi w sprzeczności z takim celem.

Jak pisze Kamil Zaradkiewicz,

Uprawnienie to nie ma charakteru samoistnego prawa rzeczowego (tzw. prawa na rzeczy własnej), względnie prawa obligacyjnego, stanowiąc jedynie – jak należy wnosić z uzasadnienia projektu – do pewnego stopnia „usamodzielniony”, wyłączony z ram najpełniejszego spośród praw rzeczowych element treści własności (jak wskazano w motywach, jest „przejawem elastyczności prawa własności”)³⁴.

Należy także wspomnieć o stanowisku przedstawionym przez Stanisława Gołąba w odniesieniu do projektu prawa rzeczowego z 1937 r. Autor nie zgadza się z użytym w projekcie określeniem „prawo rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym”. Jednoznacznie stwierdza, że: „nie ma tu więc odrębnego prawa podmiotowego, nie ma potrzeby praktycznej do konstruowania takiego prawa. Jednego z ogniw łańcucha nie należy nazywać łańcuchem, tylko jego częścią”³⁵. Stanowisko to współgra z tzw. brzytwą Ockhama, czyli

³³ Zob. Z. Radwański, M. Zieliński [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, op.cit., s. 465–457.

³⁴ K. Zaradkiewicz, *Nowa regulacja prawa hipotecznego*, dodatek do „Przeglądu Prawa Handlowego” 2011, nr 1, s. 29–30.

³⁵ S. Gołąb, *Opróżnione miejsce hipoteczne?*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1938, nr 1, s. 52–53, podobnie M. Lisiewski [w:] *Hipoteka po nowelizacji. Komentarz*, op.cit., s. 36, zob. też B. Swaczyna, *Rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym i hipoteka właściciela (uwagi na tle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, nr 1, s. 217–218.s. 217–218.

zasadą ekonomii myślenia, która zakłada dążenie do prostoty w wyjaśnianiu zjawisk³⁶. Przyjęcie, że rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym jest prawem podmiotowym byłoby tworzeniem bytów ponad potrzebę (łac. *Non sunt multiplicanda entia sine necessitate*)³⁷. Nie sposób również nie zgodzić się z uargumentowaną tezą, że podstawa do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym opiera się na prawie własności. Skoro właściciel może ustanowić hipotekę, to może również przenieść na opróżnione po wygasłej hipotece miejsce hipotekę nową lub wcześniej ustanowioną na swej nieruchomości. W samym uzasadnieniu projektu z 2008 roku można odnaleźć stwierdzenie, że

Uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym należy widzieć jako przejaw elastyczności prawa własności. Skoro bowiem wygasło istniejące obciążenie, właściciel nieruchomości powinien móc rozporządzić swoim prawem własności, np. przez ustanowienie w miejsce wygasłej hipoteki nowej³⁸.

Podsumowując, należałoby stwierdzić, że możliwość rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym wypływa z prawa własności (art. 140 k.c.). Możliwość korzystania z rzeczy, pobierania pożytków i innych dochodów oraz rozporządzania nią zalicza się do uprawnień właścicielskich nazywanych bezpośrednimi lub władczymi³⁹. Aleksander Wolter twierdził, że ich istotą jest możliwość korzystania z oznaczonego dobra lub podejmowania innych dotyczących go działań. Uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym może być ujmowane jako odmiana rozporządzania rzeczą (*ius disponendi*) przez właściciela i wiąże się z uprawnieniem właściciela do obciążania nieruchomości hipoteką⁴⁰.

IV. Uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym jako składnik prawa własności

W kontekście powyższych rozważań na analizę zasługuje kwestia, czy uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym jest stałym elementem treści

³⁶ Zob. J. Żeliński, *Ekonomia myślenia – brzytwa Ockhama*, <http://it-consulting.pl/autoinstalator/wordpress/index.php/2011/04/23/ekonomia-myslenia-brzytwa-ockhama> (dostęp: 26.04.2011).

³⁷ Zob. T. Czech, *op.cit.*, s. 1104.

³⁸ Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece, druk sejmowy nr 1562 z 29.12.2008 r., s. 1, dostępny na www.sejm.gov.pl, s. 11.

³⁹ Zob. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, *op.cit.*, s. 704, Z. Radwański, *op.cit.*, s. 76.

⁴⁰ M. Deneka, *Księgi wieczyste. Zasady materialnoprawne*, Warszawa 2010, s. 259.

prawa własności istniejącym niezależnie od tego, czy nieruchomość jest obciążona hipoteką. Z regulacji zawartej w art. 101¹ ust. 1 oraz art. 101² u.k.w.h. wypływa wniosek, że uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym przysługuje właścicielowi nieruchomości w razie wygaśnięcia hipoteki lub przeniesienia hipoteki na miejsce opróżnione. Natomiast z art. 101⁴ ust. 1 u.k.w.h. należy wnioskować, że w razie wykreślenia hipoteki bez jednoczesnego wpisania innej hipoteki na to miejsce, istnieje możliwość zachowania uprawnienia do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym, gdy jednocześnie zostanie ono wpisane do księgi wieczystej. Z przywołanych przepisów należałoby wnioskować, że uprawnienie może być wykonane w określonym momencie – wygaśnięcia lub przeniesienia hipoteki na inne miejsce. Ponadto uprawnienie to wygasa, jeżeli nie zrealizuje się go w chwili wykreślenia hipoteki. Co więcej, sama nazwa instytucji wskazuje, że do powstania uprawnienia konieczne jest opróżnienie miejsca. Kamil Zaradkiewicz jednoznacznie opowiada się za stanowiskiem, że uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym nie przysługuje właścicielowi nieruchomości nieobciążonej⁴¹. Uważa, że ustawodawca dopuszcza ustanowienie hipoteki na nieruchomości wolnej od obciążeń na miejscu innym niż pierwsze. Jednak jedynym możliwym instrumentem umożliwiającym osiągnięcie takiego celu będzie zastrzeżenie pierwszeństwa na mocy art. 13 u.k.w.h.

Odmienne stanowisko prezentuje Magdalena Deneka. Twierdzi, że uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym jest stałym elementem prawa własności i istnieje nawet w przypadku nieobciążenia nieruchomości hipoteką⁴². Podkreśla, że prawo własności można ująć jako wynikającą ze stosunku prawnego sferę możliwości postępowania w określony sposób, na którą składa się szereg funkcjonalnie powiązanych za sobą uprawnień, a której wykonywanie zależy od woli uprawnionego⁴³. Można zatem wnioskować, że właściciel nieruchomości nie ma obowiązku wykonywania wszystkich uprawnień wynikających z prawa własności, a niewykonywanie tych uprawnień nie prowadzi do ich utraty. Wynikałoby z tego, że uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym jest stałym elementem treści prawa własności, a art 101¹ ust. 1, art. 101² i art. 101⁴ ust. 1 u.k.w.h. określają jedynie przesłanki realizacji tego

⁴¹ Zob. K. Zaradkiewicz, *op.cit.*, s. 32.

⁴² Zob. M. Deneka, *op.cit.*, s. 259.

⁴³ Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 128 i n.; M. Deneka, *op.cit.*, s. 260.

uprawnienia, a nie rozsądzają jego istnienia⁴⁴. Uprawnienie to należałoby uznać za potencjalne uprawnienie przysługujące właścicielowi.

Pogląd prezentowany przez Denekę wydaje się być nietrafny. Należy natomiast przyjąć pogląd prezentowany przez Zaradkiewicza: aby mogło powstać uprawnienie, miejsce powinno zostać opróżnione. Przemawia za tym literalna wykładnia art. 101¹ ust. 1 oraz art. 1012 u.k.w.h., przy czym momentem powstania uprawnienia będzie wygaśnięcie hipoteki lub przeniesienie jej na inne miejsce.

W związku z powyższymi ustaleniami należy przyjrzeć się bliżej wyjątkowej sytuacji, która powstaje, gdy wygasają wszystkie hipoteki, a brak jest innych obciążeń nieruchomości⁴⁵. Należy odpowiedzieć na pytanie, czy właścicielowi przysługuje wtedy uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym. Artykuł 249 § 1 k.c. brzmi: „Jeżeli kilka ograniczonych praw rzeczowych obciąża tę samą rzecz, prawo powstałe później nie może być wykonywane z uszczerbkiem dla prawa powstałego wcześniej (pierwszeństwo)”. Przywołana definicja zakłada, że o pierwszeństwie można mówić w wypadku obciążenia co najmniej dwoma ograniczonymi prawami rzeczowymi.

Za tezę, że opróżnione miejsce hipoteczne powstaje albo trwa nadal także w przypadku wygaśnięcia wszystkich obciążeń nieruchomości, przemawiałyby również zaprezentowane wcześniej poglądy Magdaleny Deneki. Jednakże należy powołać się na inne argumenty, ponieważ jej stanowisko zostało odrzucone.

Można zatem przyjąć, że celem przysługującego uprawnienia do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym jest przeciwdziałanie posuwaniu się hipotek na przód. Konsekwencją takiego założenia jest jednak to, że każda kolejno ustanowiona hipoteka będzie miała zawsze najwyższe pierwszeństwo. Jeżeli natomiast przyjmiemy, że powstaje opróżnione miejsce hipoteczne, właściciel będzie mógł ustanowić kolejną hipotekę: albo na opróżnionym miejscu hipotecznym, albo na drugim miejscu. Reasumując, funkcja przepisów o rozporządzaniu opróżnionym miejscem hipotecznym nie powinna wykluczać możliwości bardziej elastycznego korzystania z tej instytucji⁴⁶. Dlatego należy przyjąć, że właścicielowi przysługuje uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym, kiedy wygasa hipoteka, która była jedynym obciążeniem nieruchomości.

⁴⁴ Zob. M. Deneka, *op.cit.*, s. 260.

⁴⁵ Zob. B. Swaczyna [w:], *Hipoteka po nowelizacji. Komentarz, op.cit.*, s. 448.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 449.

V. Zakończenie

Dokonana w niniejszym artykule analiza przepisów dotyczących rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym oraz porównanie istoty prawa podmiotowego i uprawnienia wykazuje, że rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym jest uprawnieniem. Jest to odmiana rozporządzania rzeczą (*ius disponendi*) przez właściciela i wiąże się z jego uprawnieniem do obciążania nieruchomości hipoteką.

Można również zaobserwować dążenie polskiego ustawodawcy do wykorzystania zalet oraz eliminacji wad istniejących nie tylko w obcym prawodawstwie, ale i w rodzimych projektach z 1937, 1939 i 2000 r., czego wyrazem jest już samo wprowadzenie rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym do polskiego porządku prawnego. Wprowadzone rozwiązania czerpią głównie z rozwiązań przyjętych w projekcie prawa rzeczowego z 1939 r., na gruncie którego rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym pojmowane było jako uprawnienie, a nie prawo podmiotowe. Należy odnieść się do tego z aprobatą, gdyż uwzględniono istotny dorobek będący udziałem licznych polemik toczących się na łamach czasopism prawniczych.

Precedensowość orzeczeń wydanych w trybie prejudycjalnym TSUE a jej wpływ na kształt obywatelstwa unijnego

Summary

Although no formal system of precedent has been established, the CJEU is responsible for maintaining impact on the scope and understanding of the EU law. Its decisions have an authority, national courts can't rule against them and therefore one may say that the CJEU judgments have a conditional precedent character.

These judgments have changed the entire concept of the EU citizenship and attempted to clarify the scope of the EU citizenship. The most important issue raised in 2011 is that national measures cannot deprive citizens of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the EU.

Streszczenie

Chociaż wyroków TSUE nie można uznać za precedensowe w ujęciu formalnym, Trybunał niewątpliwie wpływa na zakres rozumienia prawa unijnego. Jego wyroki traktowane są jako autorytet – powoływane są w kontekście wykładni i interpretacji prawa unijnego.

¹ Autorka jest studentką IV roku stacjonarnych studiów prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Prezes Naukowego Koła Arbitrażu Handlowego, Skarbnik Studenckiego Koła Naukowego Rozstrzygania Sporów Międzynarodowych przy Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego.

Ponadto sądy krajowe nie mogą orzekać w sprzeczności z tymi wyrokami. Można zatem uznać, że wyroki TSUE mają charakter precedensu wiążącego warunkowo.

Wyroki TSUE w znaczący sposób zmieniły instytucję obywatelstwa unijnego i zmierzają do wyjaśnienia zakresu zastosowania praw z niej wynikających. Najważniejszą kwestią podniesioną w roku 2011 było ustalenie, że sądy krajowe nie mogą pozbawić obywateli Unii skutecznego korzystania z istoty praw przyznanych im w związku ze statusem obywatela Unii.

I. Wprowadzenie

Obywatelstwo Unii Europejskiej zostało formalnie wprowadzone do Traktatu z Maastricht. Obecnie obywatelstwo reguluje art. 20 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Jego specyfika polega na tym, że – co do zasady – obywatelstwo uważane jest za więź prawną łączącą jednostkę z państwem pochodzenia, zaś obywatelem UE jest każda osoba fizyczna posiadająca obywatelstwo jednego z Państw Członkowskich. Instytucja ta budziła kontrowersje już na etapie prac przygotowawczych.

Ogromną rolę w kształtowaniu instytucji obywatelstwa niewątpliwie unijnego odegrał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Początkowo TSUE wypowiadał się w odniesieniu do ochrony praw jednostki, następnie postanowił o bezpośredniej skuteczności art. 21 TFUE. Obecnie TSUE kształtuje zakres przedmiotowy stosowania Traktatu. Niejednolitość i niejednoznaczność orzecznictwa wywołują wiele wątpliwości, gdyż w kilku przypadkach TSUE zezwolił na zastosowanie praw wynikających z obywatelstwa unijnego, gdy nie zachodził tzw. element transgraniczny.

II. Jednostka jako podmiot prawa międzynarodowego publicznego

Na początku kształtowania się prawa międzynarodowego publicznego państwa były jedynymi podmiotami tego systemu. Stopniowo status podmiotu uzyskiwały także organizacje międzynarodowe. Wojny, zmiany ustrojów politycznych i walka o strefy wpływów spowodowały ponadto wyodrębnienie kategorii tzw. podmiotów o ograniczonych kompetencjach, do których należą: powstańcy, strona wojująca oraz ruch narodowyzwoleńczy. Dopiero wraz z powstawaniem systemu ochrony praw człowieka jednostka stopniowo otrzymywała pewne częściowe uprawnienia; na początku była jednak tylko przedmiotem ochrony prawnej.

Nadanie praw jednostkom wiązało się ściśle z instytucją obywatelstwa. Jeżeli bowiem jednostka została pokrzywdzona przez państwo obce (czyli państwo, którego obywatel-

stwa nie posiada), mogła zwrócić się do swojego państwa z prośbą o opiekę konsularną lub dyplomatyczną. Jednakże mogła to uczynić dopiero wtedy, gdy wyczerpała wszystkie środki dostępne w prawie państwa obcego (zasada subsydiarności) i jej żądania nie zostały spełnione. Problem polega na tym, że państwo nie ma obowiązku przychylić się do prośby swojego obywatela i wdać się w spór z drugim państwem. Innymi słowy – to, czy sprawa stanie się sprawą międzynarodową, zależy od państwa, które nadało obywatelstwo. Zatem podmiotowość jednostki można nazwać podmiotowością pochodną².

Początkowo na jednostki nakładano obowiązki, nie miały one jednak w zamian żadnych realnych praw. W niektórych dziedzinach (np. prawa człowieka) sytuacja ta uległa zmianie na korzyść jednostek, do czego niewątpliwie przyczyniła się opinia doradcza STSM w sprawie *kompetencji sądów gdańskich z 1928 r.*³. W konsekwencji jednostka posiada zdolność prawną, a w niektórych przypadkach także zdolność do czynności prawnych, która skutkuje możliwością samodzielnego dochodzenia roszczeń. Zakres podmiotowości zależy od konkretnego przypadku, decydują zaś o nim państwa lub organizacje międzynarodowe.

Jednostka co do zasady nie może bezpośrednio powołać się na przepis traktatu, gdyż to państwa lub organizacje międzynarodowe są jego stronami. Natomiast w przypadku konwencji dotyczących praw człowieka dopuszczono skargi indywidualne po spełnieniu odpowiednich przesłanek. W tym zakresie uznano bowiem, że opieka dyplomatyczna i konsularna państwa, którego jednostka jest obywatelem, nie jest w stanie zapewnić prawnie skutecznej ochrony przed naruszeniami praw człowieka.

W prawie unijnym jednostkom zostało przyznane prawo powoływania się na normy unijne przed sądami krajowymi (zasada bezpośredniej skuteczności), jeżeli prawo krajowe te normy narusza, co jest jednak nie do pomyślenia w odniesieniu do prawa międzynarodowego *sensu stricto*. Fakt ten wynika z tego, że porządek unijny jest tzw. systemem *sui generis*.

III. Precedens luksemburski

Aby w pełni zrozumieć znaczenie wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) dla rozwoju instytucji obywatelstwa unijnego, należy odpowiedzieć na pytanie, czy orzeczenia TSUE mają charakter precedensu.

² W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 425.

³ Sprawa jurysdykcji sądów w Gdańsku, opinia doradcza STSM nr 15 z 3.03.1928 r.

1. Precedens w systemie *common law*

Mechanizm precedensowy jest charakterystyczny dla systemu *common law*, lecz jego swoista odmiana występuje także w systemie prawa kontynentalnego (stanowionego). System *common law* opiera się na precedensach będących samoistnym źródłem prawa, dlatego sam precedens wymaga precyzyjnego scharakteryzowania.

Precedensem jest:

stworzona przez sąd, na mocy jego wyroku, zasada lub reguła prawna, która staje się normą prawną obowiązującą ze skutkiem na przyszłość i wiążącą w zakresie rozstrzygania wszelkich przyszłych zdarzeń i stosunków prawnych (w odniesieniu do sytuacji zaistniałych przed jej stworzeniem nie wywołuje ona skutku wiążącego, gdyż działa tutaj zasada *lex retro non agit*) we wszystkich sprawach podobnych (w przypadku podobieństwa faktów materialnych)⁴.

Natomiast według słownika *Black's Law Dictionary* precedens to: „orzeczenie lub postanowienie sądu, które stanowi przykład czy też wzór w przypadku takiej samej lub podobnej sprawy, a także problemu prawnego powstałego po jej wydaniu [tłum. własne A.R.]”⁵. W systemie *common law* mamy do czynienia z precedensem prawotwórczym.

Orzeczenie ustanawiające precedens składa się z dwóch części: *ratio decidendi* – podstawy rozstrzygnięcia (część wiążąca, gdyż wynika z niej norma prawna) oraz *obiter dictum* – rozstrzygnięcie kwestii pobocznych (część niewiążąca). Podział na te części dotyczy jedynie zagadnień prawnych, nie odnosi się zaś do stanu faktycznego sprawy. Z punktu widzenia sędziów systemu kontynentalnego bardzo trudne jest rozróżnienie omawianych części. Należy się tu odnieść do dwóch typów precedensu prawnie wiążącego: „*ratio* określa się czasem mianem precedensu rozumianego jako autorytet (*precedent as authority*), w odróżnieniu od *dictum*, stanowiącego precedens traktowany jako informacja (*precedent as information*)”⁶.

Przedstawiony powyżej sposób rozumienia precedensu łączy się ściśle z zasadą *stare decisis* odwołującą się do łacińskiej paremii: *Stare decisis et non quieta movere* (pozostań przy podjętej decyzji i nie narušaj rzeczy ustabilizowanych). Zasada ta odnosi się tylko do *ratio decidendi*. Jeżeli chodzi o moc tej części orzeczenia lub postanowienia, to „przyjmuje się, że upływ czasu i częstotliwość powoływania się na precedens wpływają na jego wartość”⁷. Zasada *stare decisis* jest niezbędna w systemie *common law*, stanowi bowiem gwarancję wewnętrznej spójności oraz jedności systemu prawnego, a także pewności

⁴ K. Scheuring, *Precedens w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 41.

⁵ *Black's Law Dictionary*, <http://thelawdictionary.org/> (dostęp: 29.11.2013).

⁶ K. Scheuring, *op.cit.*, s. 45.

⁷ *Leksykon tematyczny. Wprowadzenie do nauk prawnych.*, A. Bator (red.), Warszawa 2010, s. 231.

w stosowaniu prawa [tłum. własne – A.R.]⁸. Precedensowość systemu prawa, ze względu na zmiany spowodowane upływem czasu, może stać się przeszkodą w orzekaniu zgodnie z zasadami słuszności i logiki. Aby temu zapobiec, wprowadzono wyjątki od zasady *stare decisis*: możliwa jest modyfikacja precedensu (ang. *distinguishing*), która skutkuje niezastosowaniem precedensu w konkretnej sprawie, a *overruling* prowadzi do unieważnienia precedensu *ex tunc*.

2. Precedens w systemie prawa stanowionego (*civil law*)

W systemie prawa stanowionego nie ma miejsca na precedens *sensu stricto*, gdyż jego istnienie stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami tegoż systemu – do źródeł prawa zaliczane są spisane akty normatywne. Jednakże w praktyce stosowania prawa dochodzi często *de facto* do uwzględniania innych orzeczeń. Traktuje się je jako wskazówki, czy też wykorzystuje jako dodatkową argumentację. Ponadto, w systemie *civil law* za precedensowe (*sensu largo*) uważa się często pewne kategorie orzeczeń sądów i trybunałów, które dokonują powszechnie wiążącej wykładni przepisów prawnych.

Podsumowując, mimo że w systemie prawa kontynentalnego orzecznictwo nie jest źródłem prawa, dopuszcza on korzystanie z precedensów *de facto*, czyli: „niewiążących, niesamoistnych i nieprawotwórczych”⁹.

3. Precedensowość orzeczeń TSUE wydanych w trybie prejudycjalnym Specyfika TSUE na tle międzynarodowych sądów i trybunałów

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest instytucją UE, pełni funkcje sędziowskie, można go przyrównać do sądów i trybunałów międzynarodowych. Składa się z Trybunału Sprawiedliwości, Sądu (były Sąd Pierwszej Instancji) oraz sądów wyspecjalizowanych (art. 19 TUE). Stanowi on ewenement wśród sądów i trybunałów międzynarodowych ze względu na szeroki wachlarz kompetencji, którymi dysponuje. Najistotniejsze jest to, że – co do zasady – sądy międzynarodowe nie tworzą prawa, ponieważ byłoby to sprzeczne z zasadą suwerenności państw, której nienaruszalność stanowi podstawę funkcjonowania systemu prawa międzynarodowego publicznego. Nawet jeśli uznamy, że dość często sądy te powołują się w swoich orzeczeniach na poprzednie orzeczenia, to można uznać ten mechanizm jedynie za precedens *de facto*.

⁸ G. Acquaviva, F. Pocar, *Stare decisis* [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [hasło z 2007 roku], <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1683?rskey=jUML6K&result=1&prd=EPIL> (dostęp: 29.11.2013). Tłumaczenie własne.

⁹ K. Scheuring, *op.cit.*, s. 61.

Państwa Członkowskie UE dobrowolnie ograniczyły jednak suwerenność państwową, cedując niektóre kompetencje władcze na rzecz instytucji unijnych. Dlatego też TSUE, który jest instytucją organizacji międzynarodowej o tak skomplikowanej strukturze, musi być wyposażony w instrumenty dotychczas nieznane prawu międzynarodowemu publicznemu, aby skutecznie wykonywać powierzone mu funkcje.

TSUE niewątpliwie wpływa na tworzenie prawa unijnego. Odnieść się tu należy do kluczowego w tej kwestii zdania drugiego art. 19 pkt 1. TUE: „Zapewnia on [TSUE – A.M.] poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu traktatów”. Przepis sformułowany w tak ogólny sposób umożliwia dokonywanie kreatywnej wykładni i formułowania przez TSUE m.in. zasad odnoszących się do systemu prawa unijnego, które dzisiaj uważane są za zasady naczelne. Są to: zasada bezpośredniego skutku (orzeczenie *Van Gend & Loos*¹⁰), zasada pierwszeństwa prawa unijnego (orzeczenie *Costa v. E.N.E.L.*¹¹), zasada automatycznej niestosowalności (orzeczenie *Simmenthal I*¹²). Nie byłoby to możliwe, gdyby nie instytucja pytania prejudycjalnego (fr. *la procédure préjudicielle*, ang. *preliminary reference procedure*, niem. *das Vorabentscheidungsverfahren*).

Orzeczenie wstępne (prejudycjalne)

Pytanie prejudycjalne uregulowane w art. 267 TFUE jest mechanizmem współpracy między sądem krajowym a TSUE. W trybie tym TSUE orzeka o wykładni traktatów (prawa pierwotnego), a także o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii (prawa wtórne, w tym umów międzynarodowych, a także umów mieszanych).

A. Procedura orzeczenia prejudycjalnego

Legitymacja do złożenia wniosku o rozpatrzenie pytania prejudycjalnego do TSUE przysługuje sądom Państw Członkowskich. Termin „sąd” traktowany jest jako pojęcie autonomiczne¹³. Szeroki zakres jego rozumienia został doprecyzowany w orzecznictwie, m.in. w orzeczeniu *Dorsch Consult*¹⁴. Według Trybunału aby odpowiedzieć na pytanie, czy organ jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, należy wziąć pod uwagę następujące kryteria: „czy organ został utworzony zgodnie z prawem, czy jest to organ stały, czy jego właściwość

¹⁰ Sprawa C-26/62, *van Gend & Loos*, wyrok z 5.02.1963 r.

¹¹ Sprawa C-6/64, *F. Costa v. E.N.E.L.*, wyrok z 15.07.1964 r.

¹² Sprawa C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SA*, wyrok z 9.03.1978 r.

¹³ Nota informacyjna dotycząca składania przez sądy krajowe wniosków o wydanie orzeczeń w trybie prejudycjalnym, Dz.Urz.UE, 2009/C 297/01, pkt 9 (przed wejściem w życie traktatu z Lizbony: C 143/1, pkt 7).

¹⁴ Sprawa C-54/96, *Dorsch Consult v. Bundesbaugesellschaft Berlin*, wyrok z 17.09.1997 r.

jest obligatoryjna, czy jego tryb postępowania jest *inter partes*, czy stosuje przepisy ustawowe i czy jest niezależny”¹⁵. Na gruncie prawa polskiego sprawa wydaje się dość prosta:

zasadniczo wszystkie organy orzekające na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego, kodeksu postępowania karnego lub prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi – czyli sądy powszechne, sądy wojskowe, Sąd Najwyższy i sądy administracyjne – są bez wątpienia organami sądowymi w rozumieniu przepisów traktatowych o odesłaniu prejudycjalnym. Słusznie wskazuje się, że odniesieniu do postępowania karnego organem sądowym w rozumieniu art. 267 nie jest polski prokurator (...)”¹⁶.

Skorzystanie z procedury prejudycjalnej jest fakultatywne za wyjątkiem sprawy zawisłej przed sądem ostatniej instancji, chociaż w jego przypadku także wprowadzono odstępstwa. Sąd może zadać pytanie zarówno na wniosek stron, jak i z urzędu¹⁷. Co do zasady – sądy niższego rzędu mogą wystąpić z wnioskiem o udzielenie przez TSUE odpowiedzi na pytanie prejudycjalne wtedy, gdy decyzja w kwestii wynikłej w trakcie sporu jest niezbędna do wydania wyroku. Od reguły tej wprowadzono jednakże wyjątek (sprawa *Foto-Frost*¹⁸) – sąd niższej instancji ma obowiązek wystąpić do TSUE z pytaniem prejudycjalnym wtedy, gdy kwestia dotyczy ważności prawa unijnego, ponieważ nie ma kompetencji do rozstrzygania tak istotnych problemów. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że o ile sąd krajowy nie ma kompetencji, by stwierdzać nieważność prawa unijnego, o tyle: „sąd krajowy może natomiast uznać akt unijny za ważny (tylko w tym zakresie jest on kompetentny, by samodzielnie rozstrzygnąć wątpliwość dotyczącą ważności aktu prawa unijnego)”¹⁹.

Omawiany problem został wyjaśniony przez TSUE w nocie informacyjnej:

o ile sądy krajowe mogą odrzucać podnoszone w postępowaniach przed nimi zarzuty nieważności, to stwierdzenie nieważności aktu instytucji, organu lub jednostki organizacyjnej Unii należy do wyłącznej właściwości Trybunału. Każdy sąd krajowy, który poweźmie wątpliwości co do ważności takiego aktu, musi zatem skierować do Trybunału pytanie, wskazując powody, dla których uważa, że może on być dotknięty nieważnością²⁰.

¹⁵ Sprawa C-54/96, *Dorsch Consult*, *op.cit.*

¹⁶ M. Szpunar [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, A. Wróbel (red.), Warszawa 2012, t. 3, s. 381.

¹⁷ *Nota informacyjna dotycząca...*, *op.cit.*, pkt 10.

¹⁸ Sprawa C-314/85, *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, wyrok z 22.10.1987 r.

¹⁹ *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, *op.cit.*, s. 408.

²⁰ *Nota informacyjna dotycząca...*, *op.cit.*, pkt 15–16, podkreślenia autora.

Swego rodzaju wyjątek od zakazu stwierdzania nieważności aktów prawa unijnego przez sądy krajowe został opisany w tej samej nocie: „Sąd krajowy zachowuje niemniej uprawnienie do stosowania różnego rodzaju środków zabezpieczających, zwłaszcza w przypadku wniosku o dokonanie oceny ważności”²¹. W przypadku wpłynięcia takiego wniosku do sądu zachodzi ryzyko, że natychmiastowe wykonanie postanowienia czy decyzji byłoby niecelowe w związku z ewentualnym stwierdzeniem nieważności aktu prawa unijnego, dlatego sąd ma pewne kompetencje w tym zakresie:

Jednakże, jeśli sąd krajowy ma poważne wątpliwości co do ważności aktu instytucji, organu lub jednostki organizacyjnej Unii, na podstawie którego został przyjęty akt prawa krajowego, może w drodze wyjątku zawiesić tymczasowo stosowanie tego aktu prawa krajowego lub podjąć inne środki tymczasowe w odniesieniu do tego aktu. Musi on zatem skierować do Trybunału pytanie dotyczące ważności, wskazując powody, dla których uważa, że akt ten jest dotknięty nieważnością²².

Jak wskazano wyżej, niezależnie od przedsięwzięcia środków tymczasowych sąd ma obowiązek zwrócić się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym.

Gdy pytanie prejudycjalne jest podniesione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, sąd ten jest zobowiązany wnieść sprawę do TSUE. W orzeczeniu w sprawie *CILFIT* przewidziano zaś zamknięty katalog wyjątków:

(...) chyba że stwierdził on [sąd – A.R.], że podniesione pytanie nie jest istotne dla sprawy lub że dany przepis prawa wspólnotowego stanowił już przedmiot wykładni przez Trybunał, lub że prawidłowe stosowanie prawa wspólnotowego jest tak oczywiste, że nie pozostawia ono miejsca na jakiekolwiek racjonalne wątpliwości; istnienie takiej ewentualności należy oceniać z uwzględnieniem cech charakterystycznych prawa wspólnotowego i szczególnych trudności, jakie sprawia jego wykładnia, oraz niebezpieczeństwa rozbieżności w orzecznictwie wewnątrz Wspólnoty²³.

Wymienione wyżej wyjątki można wyodrębnić jako przesłanki, zaś spełnienie którejkolwiek z nich zwalnia sąd od obowiązku wniesienia wniosku do TSUE:

1. kwestia nie jest niezbędna. Jak stwierdza Maciej Szpunar:

Na tle orzecznictwa Trybunału możemy wyróżnić kilka kategorii spraw, w których istnieją wątpliwości co do kompetencji TSUE, a mianowicie: 1) pytania o charakterze hipotetycznym; 2) stosowanie prawa krajowego, które odsyła do prawa unijnego lub które powiela rozwiązania przewidziane w prawie UE; 3) stosowanie prawa unijnego w sporach fikcyjnych; 4) stosowanie reguł

²¹ *Ibidem*, op.cit., pkt 26.

²² *Ibidem*, op.cit., pkt 17.

²³ Sprawa 283/81, *Srl CILFIT i Lanificio i Gavardo SpA v. Ministero della Sanità*, wyrok z 6.10.1982 r.

prawa UE w odniesieniu do stanów faktycznych wykraczających poza temporalny zakres jego obowiązywania²⁴.

2. doktryna *acte éclairé*. Skutkuje tym, że:

sąd krajowy może odstąpić od przedłożenia pytania, jeżeli Trybunał rozstrzygał już w podobnej sprawie, a nowy kontekst nie rodzi poważnych wątpliwości co do możliwości stosowania jego wcześniejszego orzecznictwa²⁵. Jednakże jeśli sąd z takim pytaniem się zwróci, TSUE może odesłać do wcześniejszego orzecznictwa²⁶.

3. doktryna *acte clair* – oczywistość wykładni²⁷. Ponadto, w orzeczeniu w sprawie *CILFIT* Trybunał doprecyzował, co oznacza obiektywna oczywistość:

Wreszcie prawidłowe stosowanie prawa wspólnotowego może być tak oczywiste, że nie pozostawia ono miejsca na jakiegokolwiek racjonalne wątpliwości co do sposobu rozstrzygnięcia postawionego pytania. Zanim sąd krajowy stwierdzi zaistnienie takiej sytuacji, musi być on przekonany, że taka sama oczywistość zachodzi również w opinii sądów innych państw członkowskich i Trybunału Sprawiedliwości. Jedynie wtedy, gdy spełnione są te przesłanki, sąd krajowy może zaniechać przedłożenia tego pytania Trybunałowi i rozstrzygnąć je na własną odpowiedzialność²⁸.

Konsekwencją powyższych ustaleń jest fakt, że to właśnie na organie sądowym spoczywa obowiązek podjęcia decyzji, czy w rozpatrywanej sprawie zaistniał wyjątek. Może się jednak okazać, że pomimo istnienia orzeczeń w sprawach podobnych, kwestia jest niejasna:

odesłanie prejudycjalne może okazać się szczególnie wskazane, na odpowiednim etapie postępowania, w przypadku wystąpienia nowego zagadnienia interpretacyjnego o znaczeniu ogólnym dla jednolitego stosowania prawa Unii we wszystkich państwach członkowskich lub w przypadku, gdy istniejące orzecznictwo wydaje się nie mieć zastosowania do nowych okoliczności faktycznych²⁹.

A. Skutki orzeczenia prejudycjalnego

CO DO WYKŁADNI

Nie ulega wątpliwości, że orzeczenie TSUE o wykładni jest wiążące dla sądu, który zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym (orzeczenie *Wünsche*³⁰). Związanie to obejmuje zarówno sąd, który zwrócił się z pytaniem, jak i pozostałe sądy krajowe orzekające

²⁴ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, *op.cit.*, s. 391.

²⁵ Nota informacyjna dotycząca..., *op.cit.*, pkt 12.

²⁶ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, *op.cit.*, s. 396.

²⁷ Nota informacyjna dotycząca..., *op.cit.*, pkt 12.

²⁸ Sprawa C-283/81, *op.cit.*, pkt 17.

²⁹ Nota informacyjna dotycząca..., *op.cit.*, pkt. 13.

³⁰ Sprawa C-69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v Federal Republic of Germany*, wyrok z 15.03.1986 r.

w danej sprawie. Ten sam sąd krajowy (lub inny sąd orzekający w tej samej sprawie) w tym samym postępowaniu może jednak po raz kolejny zwrócić się o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w kwestii wykładni (orzeczenie *Pretore di Salò*³¹). Ponowne zadanie pytania jest możliwe m.in. w następujących wypadkach: „jeżeli sąd napotyka trudności w zrozumieniu lub zastosowaniu wyroku, lub jeżeli podnosi nowe kwestie lub wskazuje nowe elementy mogące spowodować udzielenie przez TSUE innej wykładni”³².

Nie można mówić o istnieniu skutku *erga omnes* orzeczeń TSUE dotyczących wykładni – stąd nie stanowi ono precedensu formalnego. Można jednakże mówić o rozszerzonej skuteczności orzeczenia TSUE na inne sprawy, która wynika z doktryny *acte éclairé*. Doktryna ta opiera się przede wszystkim na autorytecie TSUE, co widoczne jest w samym uzasadnieniu Trybunału:

(...) ani w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie *Da Costa*, ani w punkcie 14 wyroku w sprawie *CILFIT ETS* nie powołał się na przesłankę „oczywistości”, ale na „autorytet” (ang. *authority*) poglądu prawnego wyrażonego w wyroku, co zdaje się niedwuznacznie zbliżać charakter prawny skutków orzeczenia prejudycjalnego Trybunału do skutków prawnych precedensu w brytyjskim *common law*³³.

Konsekwencją obowiązywania doktryny *acte éclairé* stosowanej „niezależnie od rodzaju postępowań”³⁴ jest to, że zarówno orzeczenia prejudycjalne, jak i wyroki wydane wskutek złożenia skarg (zawierające wykładnię) zyskują rangę precedensu. Można go określić mianem precedensu wiążącego warunkowo, gdyż wiąże on sąd krajowy tak długo, jak nie zwróci się on z własnym wnioskiem o udzielenie odpowiedzi na pytanie³⁵.

CO DO WAŻNOŚCI

W kwestii istotności orzeczeń dotyczących ważności prawa wtórnego należy z całą pewnością stwierdzić, że są one wiążące – w przeciwnym wypadku stałoby to w sprzeczności z efektywnością i pewnością prawa unijnego, a także jednolitością jego stosowania. O ile skutek *erga omnes* orzeczeń wydawanych w trybie art. 263 TFUE został wprost stwierdzony w Regulaminie TSUE, o tyle brak w nim określenia skutków orzeczenia wydanego w trybie prejudycjalnym. Zatem paradoksalnie źródeł powszechnego obowiązywania orzeczeń należy szukać w orzecznictwie samego Trybunału, a także w doktrynie.

³¹ Sprawa C-14/86, *Pretore di Salò*, wyrok z 11.06.1987 r.

³² *Pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, M. Wąsek-Wiaderek, E. Wojtaszek-Mik (red.), Warszawa 2007, s. 80.

³³ K. Scheuring, *op.cit.*, s. 219.

³⁴ Sprawa 283/81, *CILFIT*, *op.cit.*

³⁵ *Ibidem*.

Najważniejsze w tej kwestii jest orzeczenie w sprawie ICC³⁶ – z pytaniem do Trybunału zwrócił się włoski sąd krajowy. Dotyczyło ono problemu, czy stwierdzenie nieważności rozporządzenia wspólnotowego ma skutek *erga omnes* czy wiąże jedynie sąd *a quo*³⁷. W odpowiedzi na tak postawione pytanie Trybunał nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi. Uznał natomiast, że orzeczenie stwierdzające nieważność aktu instytucji jest skierowane bezpośrednio do sądu, który zadał pytanie, niemniej jednak stanowi ono: „wystarczający powód dla każdego innego sądu krajowego, by uznać dany akt za nieważny dla celów wyroku, który ma wydać [tłum. własne A.R.]”³⁸. Trybunał zaznaczył także, że nie pozbawia to sądów krajowych uprawnień w zakresie powtórnego zadania pytania w kwestii rozstrzygniętej już przez Trybunał. Może się tak zdarzyć w szczególności wtedy, gdy zajdzie wątpliwość co do podstaw i zakresu stwierdzonej nieważności, jej konsekwencji, a także samych motywów uznania danego aktu za nieważny³⁹. Ponadto, w sprawie *Bayerische HNL*⁴⁰ Trybunał zwolnił poszkodowanych dochodzących przed sądami odszkodowania w wyniku zastosowania przepisów unieważnionego aktu od konieczności przedstawienia dowodu na tę nieważność⁴¹.

Można uznać, że TSUE nie potwierdził wprost, ale w sposób opisowy przyznał skuteczność *erga omnes* orzeczeń wydanych w trybie prejudycjalnym dotyczących ważności aktów unijnych. Orzeczenie to jednak wiąże sądy krajowe warunkowo o tyle, o ile sąd krajowy nie zwróci się do Trybunału z ponownym pytaniem.

IV. Orzeczenie wstępne jako źródło prawa

Gdy weźmiemy pod uwagę bardzo szerokie uprawnienia TSUE, reakcje Państw Członkowskich na niektóre orzeczenia oraz poglądy doktryny, możemy z dostateczną pewnością stwierdzić, że orzeczenie wstępne jest źródłem prawa. Niektórzy wywodzą ten skutek z prawa zwyczajowego, inni z zasad ogólnych (zasady pierwszeństwa oraz efektywności)⁴².

³⁶ Sprawa C-66/80, *Spa International Chemical Corporation (ICC) v. Administration delle Finanze dello Stato*, wyrok z 13.05.1981 r.

³⁷ Sprawa C-66/80, *Spa ICC*, *op.cit.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ Sprawy połączone C-83 i C-94/76 oraz C-4, C-15, C-40/77, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co KG et al. v. Komisja*, wyrok z 25.05.1978 r.

⁴¹ K. Scheuring, *op.cit.*, s. 225.

⁴² P. Dąbrowska, *Skutki orzeczenia wstępnego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Warszawa 2004, s. 165.

1. Prawotwórczość orzeczeń wynikająca z prawa zwyczajowego

Wprawdzie Unia Europejska stanowi ewenement w prawie międzynarodowym i rządzi się swoimi prawami, lecz mimo to jest organizacją międzynarodową (od Traktatu z Lizbony). W rezultacie można więc zastosować do oceny jej porządku prawnego pojęcia charakterystyczne dla systemu prawa międzynarodowego publicznego. Zatem, aby norma stała się normą prawa zwyczajowego, muszą kumulatywnie zaistnieć: przesłanka dowodu istnienia powszechnej praktyki państw (art. 38 Statutu MTS) oraz przesłanka istnienia *opinio iuris*⁴³. Faktyczna praktyka państw musi być rozważana pod kątem czasu jej trwania, spójności, powtarzalności oraz uniwersalności (sprawa *Azylu*⁴⁴)⁴⁵. *Opinio iuris* stanowi natomiast przekonanie państwa o tym, że jego działanie ma charakter wypełnienia obowiązku (sprawa *Lotus*⁴⁶). W przypadku orzeczeń Trybunału wydawanych w trybie prejudycjalnym, obydwie przesłanki zostały spełnione.

Patrycja Dąbrowska stwierdza, że „paradoksalnie, właśnie jeden z wyroków prejudycjalnych w sprawie *Barber*, w której Trybunał wykorzystywał swą kompetencję do nadania orzeczeniu skutku *ex nunc*, dostarcza przykładu na uznanie wyroku prejudycjalnego za źródło prawa i jego moc wiążącą”⁴⁷. Orzeczenie w sprawie *Barber*⁴⁸ wywołało kontrowersje wśród Państw Członkowskich, gdyż Trybunał przyznał prawo do bezpośredniego powołania się na art. 119 TWE (wg numeracji po Traktacie Nicejskim – art. 241, obecnie – art. 277 TFUE). Dokonano interpretacji i wyjaśnienia tego wyroku, które dołączono do Traktatu z Maastricht w ramach protokołu (Protokół Barber)⁴⁹.

V. Rola orzeczeń TSUE w kształtowaniu obywatelstwa unijnego

Obywatelstwo unijne przeszło ogromną ewolucję od momentu jego ustanowienia Traktatem z Maastricht z 1992 r. do stanu dzisiejszego. Celem niniejszej publikacji nie jest jednak omówienie tejże drogi, a analiza wpływu orzecznictwa TSUE na możliwość bezpośredniego zastosowania art. 21 TFUE oraz stosowanie przepisów o obywatelstwie do spraw uważanych dotychczas za czysto wewnętrzne.

⁴³ M. Wood, *State Practice* [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [hasło z 2010 roku], <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1107?rskey=53TaiK&result=1&prd=EPIIL> (dostęp: 7.12.2013)

⁴⁴ Orzeczenie MTS, *Kolumbia v. Peru*, z 20.11.1950 r.,

⁴⁵ M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 73.

⁴⁶ Wyrok STSM, *Francja v. Turcja (statek Lotus)*, z 7.09.1927 r.

⁴⁷ P. Dąbrowska, *op.cit.*, s. 167.

⁴⁸ Sprawa C-262/88, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, wyrok z 17.05.1990 r.

⁴⁹ *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, A. Wróbel (red.), Warszawa 2010, s. 184.

1. Niesamoistne stosowanie art. 21 TFUE (kiedyś art. 18 TWE)

Wspomniane wcześniej zasady pierwszeństwa oraz skutku bezpośredniego odnoszą się do postanowień prawa pierwotnego, jeżeli są dostatecznie precyzyjne, zupełne i nie pozostawiają ani Państwom Członkowskim, ani organom UE uprawnień dyskrecyjnych⁵⁰. Jednakże niedługo po tym, jak ustanowiono instytucję obywatelstwa unijnego, ETS orzekał w przedmiocie pytań prejudycjalnych dotyczących praw obywateli UE w połączeniu ze swobodami rynku wewnętrznego.

2. Konsekwencje orzeczenia w sprawie *Baumbast*

Orzeczenie w sprawie *Baumbast*⁵¹ stanowi kamień milowy w procesie kształtowania instytucji obywatelstwa unijnego. Skutkiem tego wyroku jest możliwość powoływania się przez jednostki bezpośrednio na art. 21 TFUE, który stanowi samoistną podstawę do stwierdzenia naruszenia przez prawo krajowe praw przysługujących obywatelom UE (gdyż prawo przebywania na terytorium Państw Członkowskich przyznane zostało bezpośrednio każdemu obywatelowi UE).

W wyroku tym Trybunał stwierdził:

Obywatel Unii Europejskiej, któremu nie przysługuje już w przyjmującym państwie członkowskim prawo pobytu jako pracownikowi migrującemu, może – jako obywatel Unii – korzystać w nim z prawa pobytu dzięki bezpośredniemu stosowaniu art. 18 ust. 1 WE [art. 21 TFUE – przyp. A.R.]. Korzystanie z tego prawa podlega ograniczeniom i warunkom wskazanym w tym postanowieniu, ale właściwe władze, a w razie potrzeby sądy krajowe muszą czuwać nad tym, by te ograniczenia i warunki były stosowane w poszanowaniu ogólnych zasad prawa wspólnotowego, a zwłaszcza zasady proporcjonalności⁵².

Zatem korzystanie z prawa pobytu może podlegać ograniczeniom, lecz ograniczenia te podlegają wymogom określonym w przedmiotowym orzeczeniu.

3. Sprawa *Trojani* – potwierdzenie bezpośredniości stosowania art. 21 TFUE

Trudno było zaakceptować skutki, jakie wiązały się z orzeczeniem w sprawie *Baumbast*. Obrazuje to bardzo dobrze sprawa *Trojani*⁵³, w której sąd krajowy Belgii zwrócił się m.in. z pytaniem o treści:

⁵⁰ Sprawa C-26/62, *van Gend & Loos*, *op.cit.*

⁵¹ Sprawa C413/99, *Baumbast v. Secretary of State for the Home Department*, wyrok z 17.09.2002 r.

⁵² Sprawa C413/99, *Baumbast*, *op.cit.*

⁵³ Sprawa C-456/02, *Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, wyrok z 07.09.2004 r.

(...) czy może się on [Trojani – przyp. A.R.] powołać bezpośrednio na art. 18 WE [art. 21 TFUE – przyp. A.R.], przyznający prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium innego Państwa Członkowskiego Unii Europejskiej jedynie z racji bycia obywatelem europejskim?⁵⁴

W odpowiedzi na pytanie sądu krajowego Belgii Trybunał powołał się na sprawę *Baumbast* i stwierdził, że:

Obywatel Unii Europejskiej, któremu nie przysługuje w przyjmującym Państwie Członkowskim prawo pobytu na podstawie art. 39 WE, 43 WE lub 49 WE [art. 45, art. 49, art. 56 TFUE – A.R.] może, jedynie z racji bycia obywatelem Unii, korzystać z prawa pobytu w tym państwie bezpośrednio na podstawie art. 18 ust. 1 WE [art. 21 TFUE – A.R., podkr. – A.R.]. Wykonywanie tego prawa podlega ograniczeniom i warunkom przewidzianym w tym postanowieniu, jednak właściwe władze powinny czuwać, aby stosowanie tych ograniczeń i warunków przebiegało z poszanowaniem ogólnych zasad prawa wspólnotowego, a w szczególności zasady proporcjonalności⁵⁵.

Obecnie, w przeciwieństwie do początkowej praktyki, Trybunał w swoich orzeczeniach często wprost powołuje się na uzasadnienia wcześniejszych spraw, co niewątpliwie wskazuje na precedensowy charakter jego orzeczeń.

4. Wymóg elementu transgranicznego?

Przyjęło się, że aby jednostka mogła powołać się na prawa wynikające z instytucji obywatelstwa unijnego, musi wykazać, iż sprawa znajduje się w zakresie zastosowania prawa unijnego, a w tym przypadku – że istnieje tzw. element transgraniczny. W tym miejscu należy przywołać kontrowersyjne orzeczenia Trybunału w sprawach: *Avello*⁵⁶, *Zhu i Chen*⁵⁷ oraz *Rottmann*⁵⁸, które stanowiły wyłom w dotychczasowej linii orzeczniczej Trybunału.

Sprawa *Avello*

Sprawa *Avello* dotyczyła nazwisk dzieci o podwójnym obywatelstwie: belgijskim i hiszpańskim. Dzieci te nigdy nie opuściły Belgii, sprawa miała więc charakter czysto wewnętrzny. Trybunał jednak orzekł w tej sprawie, argumentując w następujący sposób:

Obywatelstwo Unii, ustanowione w art. 17 WE [art. 20 TFUE – A.R.], nie ma na celu poszerzenia zakresu przedmiotowego stosowania traktatu o czysto wewnętrzne sytuacje krajowe, które nie mają

⁵⁴ Sprawa C-456/02, *Trojani*, *op.cit.*, drugie pytanie sądu krajowego Belgii.

⁵⁵ *Ibidem*, pkt 46.

⁵⁶ Sprawa C-148/02, *G. Avello v. Belgia*, wyrok z 02.10.2003 r.

⁵⁷ Sprawa C-200/02, *Zhu i Chen v. Secretary of State for the Home Department*, wyrok z 19.10.2004 r.

⁵⁸ Sprawa C-135/08, *J. Rottmann v. Freistaat Bayern*, wyrok z 02.03.2010 r.

związku z prawem wspólnotowym. (...) Niemniej jednak istnieje taki związek z prawem wspólnotowym w przypadku osób znajdujących się w sytuacji podobnej do tej, w jakiej znajdują się dzieci C. Garcii Avella, które są obywatelami państwa członkowskiego, przebywającymi zgodnie z prawem na terytorium innego państwa członkowskiego⁵⁹.

Nastąpiło zatem swego rodzaju złagodzenie wymogu zaistnienia elementu transgranicznego.

Omawiana sprawa jest istotna także ze względu na uzasadnienie Trybunału, w którym powołał się on na sprawę *Baumbast*, stwierdzając: „status obywatela Unii powinien stanowić podstawowy status obywateli państw członkowskich”⁶⁰. Ponadto, przywołał zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową) wywiedzioną z samej instytucji obywatelstwa unijnego:

Wspomniany status pozwala tym spośród wspomnianych obywateli, którzy znajdują się w tej samej sytuacji, na korzystanie w dziedzinie właściwej *ratione materiae* – z zastrzeżeniem wyjątków wyrażone w tym względzie przewidzianych – z takiego samego traktowania z punktu widzenia prawa bez względu na ich przynależność państwową⁶¹.

Trybunał odwołał się w tej kwestii do sprawy *Grzelczyk*⁶². Jakie sytuacje zatem pozostają w zakresie prawa unijnego? Uznaje się, że wynikają one z praw zagwarantowanych w TFUE, wynikających z art. 21 TFUE⁶³.

Sprawa *Zhu i Chen*

Sprawa *Zhu i Chen* dotyczyła dziecka mającego obywatelstwo irlandzkie, którego matka nieposiadająca obywatelstwa żadnego z Państw Członkowskich ubiegała się o zezwolenie na długoterminowy pobyt i przenieść się, ale tylko wewnątrz Zjednoczonego Królestwa. Trybunał orzekł w tej sprawie:

Sytuacji obywatela Państwa Członkowskiego urodzonego w przyjmującym Państwie Członkowskim, który nie korzysta z prawa swobodnego przepływu osób, nie można bowiem, wyłącznie z tego powodu, porównywać do sytuacji o charakterze wyłącznie krajowym, pozbawiając tego obywatela możliwości skorzystania w przyjmującym Państwie Członkowskim z przepisów prawa wspólnotowego w zakresie swobodnego przepływu osób i prawa pobytu (...) ⁶⁴.

⁵⁹ Sprawa C-148/02, *G. Avello*, *op.cit.*, pkt 26-28.

⁶⁰ *Ibidem*, pkt 22.

⁶¹ *Ibidem*, pkt 23.

⁶² Sprawa C-184/99, *R. Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, wyrok z 20.09.2001 r.

⁶³ T. Jurczyk, *Prawa jednostki w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Warszawa 2009, s. 170.

⁶⁴ Sprawa C-200/02, *Zhu i Chen*, *op.cit.*, pkt 19.

Związek z prawem unijnym w tej sprawie polega na tym, że w razie odmowy udzielenia zezwolenia na długoterminowy pobyt, dziecko byłoby pozbawione możliwości skutecznego wykonywania prawa pobytu na terytorium Państwa Członkowskiego, a w konsekwencji doszłoby do naruszenia jego praw wynikających z obywatelstwa unijnego.

Sprawa *Rottmann*

Ostatnia z omawianych spraw odnoszących się do wymogu elementu transgranicznego dotyczy decyzji o pozbawieniu obywatelstwa Państwa Członkowskiego uzyskanego w wyniku podstępu. Według Trybunału:

Jest oczywiste, że sytuacja obywatela Unii, którego tak jak skarżącego przed sądem krajowym dotyczy decyzja o cofnięciu nadania obywatelstwa wydana przez władze państwa członkowskiego, prowadząca do tego, że po utracie obywatelstwa państwa członkowskiego pochodzenia obywatel ten może utracić także status nadany w art. 17 WE [art. 20 TFUE – A.R.] i związane z nim prawa, należy ze względu na swój charakter i skutki do zakresu prawa Unii⁶⁵.

Analiza powyższych spraw pozwala stwierdzić, że chociaż wprowadzenie instytucji obywatelstwa unijnego nie ma na celu rozszerzania zakresu prawa unijnego o sytuacje czysto wewnętrzne (ang. *purely internal situations*), to aby należycie chronić prawa obywateli Unii Europejskiej, należy każdorazowo zbadać stan faktyczny sprawy i ocenić, czy sprawa mieści się w zakresie prawa unijnego pomimo braku *stricte* transgranicznego elementu. Może się tak zdarzyć w sytuacji, w której konsekwencją zastosowania prawa krajowego państwa członkowskiego względem obywatela UE byłaby utrata lub naruszenie albo obywatelstwa unijnego, albo praw z niego wynikających.

5. Orzeczenia z 2011 roku a prawo do swobodnego przemieszczania się i pobytu

Sprawa *Zambrano*

Sprawa *Zambrano*⁶⁶, podobnie jak sprawa *Baumbast*, wywołała ogromne kontrowersje. Trybunał, odwołując się do sprawy *Rottmann*, wprowadził bowiem nowe kryterium kontroli środków krajowych: „pozbawienie obywateli Unii skutecznego korzystania z istoty praw przyznanych im w związku ze statusem obywatela Unii⁶⁷” oparte na

⁶⁵ Sprawa C-135/08, *J Rottmann*, *op.cit.*, pkt 42.

⁶⁶ Sprawa C-34/09, *G. R. Zambrano v. Office national de l'emploi*, wyrok z 08.03.2011 r.

⁶⁷ *Ibidem*.

powadze naruszenia⁶⁸. Ponadto, odniósł się on w swoim uzasadnieniu do art. 20, nie zaś art. 21 TFUE.

Sprawa *Zambrano* dotyczyła dzieci, które posiadały obywatelstwo Państwa Członkowskiego (Belgii), ale ich rodzice nie mieli takiego obywatelstwa. Po utracie pracy Gerardo Ruiz Zambrano wystąpił z wnioskiem o przyznanie zasiłku dla bezrobotnych, powołując się na to, że przysługuje mu prawo pobytu z faktu bycia wstępnym małoletniego obywatela UE. Interweniujące Państwa Członkowskie twierdziły zaś, że sytuacja ta nie mieści się w zakresie prawa unijnego. Sąd krajowy Belgii zwrócił się z pytaniem do Trybunału dotyczącym tego, czy Zambrano przysługuje prawo pobytu.

Trybunał uzasadnił swoje orzeczenie tym, że konsekwencją odmowy przyznania prawa pobytu byłaby konieczność opuszczenia przez dzieci Zambrano terytorium UE. Orzekł on, iż:

Wykładni art. 20 TFUE należy dokonywać w ten sposób, że sprzeciwia się on temu, by państwo członkowskie, po pierwsze, odmówiło obywatelowi państwa trzeciego sprawującemu opiekę nad swoimi małymi dziećmi, będącymi obywatelami Unii, prawa pobytu w państwie członkowskim zamieszkania tych dzieci, którego są one też obywatelami, a po drugie, odmówiło temu obywatelowi państwa trzeciego zezwolenia na pracę, ponieważ takie decyzje faktycznie pozbawiałyby te dzieci możliwości korzystania z istoty praw związanych ze statusem obywatela Unii.⁶⁹ [podkr. – A.R.].

Skutki tego orzeczenia są bardzo istotne dla imigrantów, których dzieci posiadają obywatelstwo unijne. Nastąpiło poszerzenie zakresu ich uprawnień, gdyż z art. 20 TFUE wynika pochodne prawo legalnego pobytu i zatrudnienia rodziców małoletniego posiadającego obywatelstwo Państwa Członkowskiego, podczas gdy rodzic takiego obywatelstwa nie posiada⁷⁰. Właśnie tego obawiały się Państwa Członkowskie zanim wprowadzono do prawa pierwotnego instytucję obywatelstwa unijnego:

obawiano się jednak, że z czasem niektóre prawa obywateli, takie jak na przykład swoboda przemieszczania się, mogą obejmować wszystkie osoby pracujące na terytorium Wspólnot bez względu na to, czy są oni obywatelami państw członkowskich, czy nie. (...) efektem tego zjawiska stałaby się niekontrolowana migracja ludności z państw nienależących do Wspólnoty⁷¹.

⁶⁸ A. Frąckowiak-Adamska, *O istocie praw wynikających z obywatelstwa Unii*, EPS, październik 2012, s. 25.

⁶⁹ Sprawa C-34/09, *G. R. Zambrano*..., *op.cit.*

⁷⁰ A. Frąckowiak-Adamska, *op.cit.*

⁷¹ B. Mielnik, *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, Wrocław 2000, s. 37.

Orzeczenie *Zambrano* może pośrednio spowodować podobny skutek, chociaż Trybunał – świadom burzy, jaką wywołał – próbował dookreślić takie wyjątkowe sytuacje w późniejszym orzecznictwie.

Sprawa *McCarthy*

Sprawa *McCarthy*⁷² jest o tyle ciekawa, że Trybunał potwierdził w niej istnienie nowej linii orzeczniczej zapoczątkowanej przez sprawę *Zambrano*, niemniej w przedmiotowej sprawie odmówił jej zastosowania. Wydawać by się mogło, że Trybunał wyjaśni jak należy rozumieć kryterium ustanowione w sprawie *Zambrano*. Niestety, odwołując się do sprawy *Avello*, potwierdził on tylko tyle, że posiadanie podwójnego obywatelstwa nie skutkuje automatycznym znalezieniem się w zakresie zastosowania prawa unijnego⁷³.

Shirley McCarthy miała podwójne obywatelstwo (Zjednoczonego Królestwa oraz Irlandii), nigdy nie korzystała ze swobód rynku wewnętrznego, pobierała zasiłki socjalne, nie wykazywała, że jest w stanie się sama utrzymać. Po ślubie z obywatelem Jamajki ubiegała się o zezwolenie na pobyt dla swojego męża, nie zostało jej jednak przyznane. Sąd krajowy wystąpił z pytaniem prejudycjalnym, czy pani McCarthy jest beneficjentem dyrektywy 2004/38/WE. Trybunał stwierdził, że dyrektywa ta nie ma zastosowania, a następnie zbadał, czy skarżąca może się powołać na art. 21 TFUE i uznał, że sprawa nie ma żadnego związku z kwestiami uregulowanymi w prawie unijnym.

Jednakże Trybunał ponownie wskazał konieczność odróżnienia sytuacji czysto wewnętrznej od sytuacji obywatela unijnego, którego pozbawiono skutecznego korzystania z istoty praw związanych z tym statusem lub utrudniono mu wykonywanie prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich. Obywatel Państwa Członkowskiego bowiem:

korzysta ze statusu obywatela Unii zgodnie z art. 20 ust. 1 TFUE i w związku z tym może powoływać się, również w stosunku do swego państwa członkowskiego pochodzenia, [podkr. – A.R.] na prawa wynikające z posiadania tego statusu, a w szczególności na prawo do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich przyznane na mocy art. 21 TFUE (...) ⁷⁴.

W rezultacie, powołując się na sprawę *Zambrano*, Trybunał stwierdził, że: „środek będący przedmiotem sporu w omawianej sprawie przed sądem krajowym nie skutkuje zobowią-

⁷² Sprawa C-434/09, *S. McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, wyrok z 5.05.2011 r.

⁷³ *Ibidem*, pkt 54.

⁷⁴ Sprawa C-434/09, *S. McCarthy...*, *op.cit.*, pkt 48. Trybunał odwołał się w tym miejscu do sprawy z 2008 r. C33/07 *Jipa*, w której powołał się m.in. na sprawę *Grzelczyk*.

wiązaniem S. McCarthy do opuszczenia terytorium Unii⁷⁵, a tym samym nie powoduje, że sprawa znajduje się w zakresie prawa unijnego.

Sprawa Dereci

W sprawie *Dereci*⁷⁶ Trybunał rozważał zakres podmiotowy pochodnego prawa pobytu i zatrudnienia. Dotychczasowe orzecznictwo wskazywało, że dotyczy on rodziców małoletnich dzieci. W sprawie tej interwenientami było siedem państw (w tym Polska) oraz Komisja Europejska. Podnosiły one, że: „zasady wyprowadzone z ww. wyroku w sprawie Ruiz Zambrano dotyczą sytuacji wyjątkowych”⁷⁷.

Ponadto w uzasadnieniu podsumowano kwestię wymogu elementu transgranicznego, która została dość szczegółowo omówiona w orzecznictwie TSUE w pierwszej dekadzie XXI wieku. Trybunał potwierdził linię orzeczniczą istniejącą odkąd wprowadzono obywatelstwo unijne, uzupełniając ją o element wynikający z poszerzenia uprawnień przysługujących jednostkom z samego obywatelstwa. Stwierdził on, że:

normy traktatu w dziedzinie swobodnego przepływu osób i akty wydane dla ich wykonania nie mogą mieć zastosowania do sytuacji, które nie mają żadnego łącznika z jakąkolwiek sytuacją regulowaną przez prawo Unii [podkr. – A.R.] i których wszystkie elementy o zasadniczym znaczeniu zamykają się w obrębie jednego państwa członkowskiego (...). Jednakże sytuacja obywatela Unii, który (...) nie skorzystał z prawa do swobodnego przemieszczania się, nie może z tego jedynie powodu zostać zrównana z sytuacją o charakterze wyłącznie wewnętrznym [podkr. – A.R.]⁷⁸.

Zaś w kwestii „istoty praw” Trybunał odniósł się do jednej sytuacji:

kryterium dotyczące pozbawienia istoty praw przyznanych w związku ze statusem obywatela Unii odnosi się do sytuacji zdefiniowanych przez okoliczność, że obywatel Unii jest faktycznie zmuszony do opuszczenia nie tylko terytorium państwa członkowskiego, którego jest obywatelem, lecz również terytorium całej Unii⁷⁹.

Inne sytuacje nie zostały więc wykluczone, odpowiedzi trzeba będzie szukać w przyszłych orzeczeniach. Trybunał wskazuje tylko kierunek, w którym zmierza rozwój instytucji obywatelstwa unijnego – jest nim konsekwentne poszerzanie uprawnień jednostek. Problem dotyczy natomiast sposobu ich poszerzenia – Trybunał nie chce się w tej kwestii

⁷⁵ *Ibidem*, 50.

⁷⁶ Sprawa C-256/11, *M. Dereci, i in. v. Bundesministerium für Inneres*, wyrok z 15.11.2011 r., pkt 60.

⁷⁷ *Ibidem*, pkt 40.

⁷⁸ *Ibidem*, pkt 60–61.

⁷⁹ Sprawa C-256/11, *M. Dereci...*, *op.cit.*, pkt 66.

wypowiadać, aby nie naruszyć kompetencji Państw Członkowskich i kompetencji przyznanych UE.

Najnowsze orzecznictwo

W roku 2013, nazwanym Europejskim Rokiem Obywateli, wbrew oczekiwaniom, nie dokonano wyjaśnień w kwestii obywatelstwa unijnego. W sprawie *Alokpa*⁸⁰ Trybunał odniósł się do stosowania art. 20 TFUE w kontekście ewentualnego opuszczenia terytorium Unii naruszającego istotę praw wynikających z obywatelstwa unijnego:

istnieją sytuacje bardzo szczególne, w których na zasadzie wyjątku – mimo że prawo wtórne dotyczące prawa pobytu obywateli państw trzecich nie podlega zastosowaniu i mimo że dany obywatel Unii nie skorzystał z przysługującej mu swobody przemieszczania się – nie powinno się odmówić prawa pobytu obywatelowi państwa trzeciego będącemu członkiem rodziny wspomnianego obywatela z uwagi na to, że w przeciwnym wypadku naruszona zostałaby skuteczność (*effet utile*) obywatelstwa Unii (...)⁸¹.

Trybunał odwołał się do wyroków w sprawie *Iida*⁸² oraz w sprawie *Ymeraga*⁸³.

VI. Wnioski

Po pierwsze, procedura prejudycjalna stanowi niezbędny łącznik między sądami krajowymi a Trybunałem, przyczyniając się do jednolitości stosowania i pewności obowiązywania prawa. Ma to ogromne znaczenie praktyczne z punktu widzenia jednostek, którym umożliwiono:

uzyskanie dostępu do sądu unijnego za pośrednictwem sądu krajowego, w sytuacji gdy nie jest to możliwe w sposób bezpośredni, a jednocześnie rozpatrzenie jej sprawy wyłącznie przez sąd krajowy nie wystarcza dla zapewnienia pełnej ochrony jej uprawnień⁸⁴.

Po drugie zaś, orzeczenia Trybunału stanowiące precedens wiążący warunkowo są niewątpliwie głównym źródłem zmian, jakie wpłynęły na obecny kształt obywatelstwa

⁸⁰ Sprawa C-86/12, *A.D. Alokpa i inni v. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, wyrok z 10.10.2013 r., pkt 32.

⁸¹ Sprawa C-86/12, *A.D. Alokpa*, *op.cit.*, pkt 32.

⁸² Sprawa C-40/11, *Yoshikazu Iida v. Stadt Ulm*, wyrok z 8.11.2012 r.

⁸³ Sprawa C-87/12, *Ymeraga i inni v. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, wyrok z 20.02.2012.

⁸⁴ A. Kastelik-Smaza, *Pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej a ochrona praw jednostki*, Warszawa 2010, s. 77.

unijnego. Najpierw Trybunał stwierdził możliwość bezpośredniego powoływania się przez obywateli Państw Członkowskich UE na artykuły 20 i 21 TFUE. Następnie wprowadził zaś możliwość odstąpienia od wymogu elementu transgranicznego w związku z odróżnieniem niektórych wyjątkowych sytuacji od sytuacji czysto wewnętrznych. Należą do nich: utrzymywanie małoletnich dzieci będących obywatelami UE przez ich rodziców, którzy takiego obywatelstwa nie mają; utrudnienie swobody przemieszczania się, a nawet faktyczną konieczność opuszczenia terytorium UE; naruszenie skutecznego korzystania z istoty spraw wynikających z obywatelstwa. Natomiast o znalezieniu się w zakresie prawa unijnego nie świadczy samo posiadanie podwójnego obywatelstwa.



IPP UJ

Numer 2/2014 (15)

www.ipp.tbsp.pl

ISSN-1689-9601